Die Prozessführung des Testamentsvollstreckers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche

Karl Axel von Monroy
Gerichtsassessor

Die Prozessführung des Testamentsvollstreckers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Universtät Rostock

vorgelegt von

Karl Axel von Monroy, Gerichtsassessor.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Schwerin.
Buchdruckerei Wilh. Sengebusch.
1909.

Referenten: Professor Dr. **Bernhöft,**
Professor Dr. **Wachenfeld.**

Einteilung des Stoffes.

A. Einleitung. Seite

Historischer Überblick über die Entwicklung des Institutes . . 9

B. Die Prozeßführung des Testamentsvollstreckers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche 12

I. Die allgemeine rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers 12

a. Verlassene Theorien 12

1. Legatstheorie 13

2. Mandatstheorie 13

3. Vormundschaftstheorie 13

4. Theorie der formellen Repräsentation 14

b. Moderne Vertretungstheorien 14

1. Vertretung des Erblassers 14

2. Vertretung des Nachlasses 15

3. Vertretung des Erben 17

c. Die Eigenrechtstheorie 20

d. Begründung des Standpunktes der Arbeit 23

II. Allgemeine prozeßrechtliche Folgerungen aus der Theorie . 29

a. Der Testamentsvollstrecker als Partei 29

b. Der Gerichtsstand des Testamentsvollstreckers 31

c. Die Intervention 32

1. Die Nebenintervention 32

α) Durch den Erben 32

β) Durch den Testamentsvollstrecker 33

2. Die Hauptintervention 33

α) Durch den Erben 33

β) Durch den Testamentsvollstrecker 34

d. Die Kostenfrage 34

e. Sicherheitsleistung 35

f. Armenrecht 35

g. Erbe und Testamentsvollstrecker als Zeuge 36

h. Eideszuschiebung und richterlicher Eid 38

i. Die Rechtslage beim Fortfall des Testamentsvollstreckers im Laufe des Prozesses 38

Seite

III. Der Testamentsvollstrecker als Güterverwalter in Nachlaßstreitigkeiten 41
a. Aktivprozesse 41
1. Umfang der Legitimation 41
2. Die Wirkung des Urteils 43
3. Die Zwangsvollstreckung 44
b. Passivprozesse 45
1. Prozesse über Nachlaßverbindlichkeiten im Allgemeinen 45
α) Im Falle der Vollverwaltung des T.-V. 45
αα) Doppellegitimation des T.-V. und des Erben . 45
ββ) Wirkung des Urteils 49
ααα) Wirkung des gegenüber dem Testamentsvollstrecker ergangenen Urteils 49
βββ) Wirkung des gegenüber dem Erben ergangenen Urteils 50
γγ) Die Zwangsvollstreckung 51
ααα) Aus Urteilen gegenüber dem T.-V. . . 51
βββ) Aus Urteilen gegenüber dem Erben . . 53
β) Im Falle der Einzelverwaltung des T.-V. . . . 56
γ) Im Falle der Nichtverwaltung des T.-V. 58
2. Prozesse über Pflichtteilsansprüche 58
c. Unerledigte Prozesse des Erblassers 61
1. Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils 61
α) für den Erblasser 61
β) gegen den Erblasser 62
2) Tod des Erblassers vor rechtskräftiger Verurteilung . 63
IV. Der Testamentsvollstrecker in Erbrechtsstreitigkeiten . . . 65
a. Die Frage der Legitimation des Testamentsvollstreckers für Erbrechtsstreitigkeiten 65
b. Das Erbrecht als Inzidentpunkt in Prozessen des T.-V. . 70
c. Der Testamentsvollstrecker und der Erbschaftsanspruch . 70
1. Der Stand der Literafur 71
2. Begründung des Standpunkts der Arbeit 73
V. Der Testamentsvollstrecker im Streit um seine amtlichen Befugnisse und Pflichten 76
a. Mit dem Erben 77
b. Mit Dritten 80

Verzeichnis der zu der Arbeit benutzten Literaturwerke.

Arnold. Der Testamentsvollstrecker. München. Schweitzer 1902.

Binder. Die Rechtsstellung des Erben nach dem BGB. 3 Teile. Leipzig. Deichert 1901/1905.

Bingner. „Abhandlungen zum zweiten Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich" im Sächs. Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. V S. 619/620.

Böhm. Das Erbrecht des BGB. 2. Aufl. Hannover. Hellwig 1900.[1])

Böhm. Befugnis des T.-V. zur Prozeßführung. Abhandlung im Recht 1900. H. 13. S. 269—274.[2])

Borcherdt. Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung. Breslau 1901 bei Kern.

Brettner. „Zum Titel über den T.-V." H. VII der Streifzüge durch das BGB. im Recht 1900. H. 15. S. 320—322.[3])

Brettner. Der T.-V. nach neuem deutschen Recht. Abhandlung in Kohlers Archiv. Bd. XVII. S. 213 ff.[4])

Bunsen. Die Parteien im Zivilprozeß. Abhandlung in der „Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß", begründet von H. Busch. Bd. 26. S. 197—321.

Cosack. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes. 2 Bände. 3. Auflage. Jena. Fischer 1901.

Dernburg. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes. 5 Bände. Halle. Waisenhaus 1905.

Endemann. Lehrbuch des BGB. 3 Bände. 7. Auflage. Berlin. Heymann 1900.

[1]) Zitiert: Böhm Erbrecht.

[2]) Zitiert: Böhm im Recht 1900.

[3]) Zitiert: Brettner im Recht 1900.

[4]) Zitiert: Brettner im Archiv Bd. XVII.

Entscheidungen des R.-G. in Zivilsachen. Leipzig. Veit & Co.

Förster. Über die Stellung, die Rechte und die Pflichten des T.-V. nach dem BGB. Abhandlung im Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. XII. S. 136—176.

Frommhold. Das Erbrecht des BGB. I. Band des von Biermann etc. herausgegebenen Kommentars zum BGB. Berlin. Heymann 1900.

Gaupp-Stein. Die ZPO. für das Deutsche Reich. 8. und 9. Auflage. Tübingen 1907/1908.

Goldfeld. Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht. Hamburg. Otto Meißner 1893.

Hellwig. Anspruch und Klagrecht.[1]) Jena. Fischer 1900.

Hellwig. Prozeßführungsrecht und bloße Prozeßführungsmacht. Abhandlung im Recht 1902. H. 2 und 3, S. 29 f., 63 f.[2])

Herfelder. Erbrecht. V. Band des Kommentars zum BGB. von J. v. Staallinger. 2. Auflage. München. Schweitzer 1906.

Jäger. Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs im neuen Reichsrecht. Berlin 1898.

Köhne und Feist. Die Nachlaßbehandlung 17. Auflage. Berlin. v. Decker 1902.

Marcus. Die Testamentsvollstreckung nach dem BGB. Abhandlung im Sächs. Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. VIII. S. 53—77.

Matteias. Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 3. Auflage. Berlin. Hänig 1900.

Materialien zur ZPO. Berlin. Carl Heymann 1898.

Meckl. Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft. Bd. XIX. Wismar. Hinstorff.

Meischeider. Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB. Leipzig. Veit & Co. 1900.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. V. Erbrecht. Berlin und Leipzig. Guttentag 1888.

Neumann. Handausgabe des BGB. 3 Bände. 4. Auflage 1905. Berlin. Vahlen.

Peiser. Handbuch des Testamentsrechtes. Berlin 1902. Guttentag.

Planck. Bürgerliches Gesetzbuch. 1. und 2. Auflage. Berlin. Guttentag 1902.

Protokolle zum Entwurf des BGB. Bd. V. Erbrecht. Berlin. Guttentag 1899.

Petersen-Remelé-Anger.[3]) Die ZPO. 2 Bände. 5. Auflage. Lahr. Schauenburg 1906.

[1]) Zitiert: Hellwig Seite 15.

[2]) Zitiert: Hellwig im Recht 1902.

[3]) Zitiert: Petersen Seite 15.

Rechtsprechung des OLGer. auf dem Gebiet des Zivilrechts. Bd. II, III, IV, VI, VIII, IX, X. Leipzig. Veit & Co.

Schultze. Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. Abdruck aus Therings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes. Jena. Fischer 1901.

Seuffert. Kommentar zur ZPO. 2 Bd. 9. Aufl. München. Beck 1904.

Seufferts Archiv der Entscheidungen.[1]) Bd. IV. München u. Berlin. Oldenbourg 1901.

Sintenis. Das praktische gemeine Zivilrecht. 3 Bände. 3. Auflage. Tauchnitz-Leipzig. 1869.

Strohal. Das deutsche Erbrecht. 2 Bände. 3. Auflage. Berlin. Guttentag 1903.

Sturm. Die Lehre von dem T.-V. nach dem BGB. Leipzig. Veit & Co. 1898.

Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages. Bd. I und III. Berlin. Guttentag 1892.

Wilke. Das Erbrecht. V. Band des Kommentars zum BGB. Herausgegeben von Wilke, Reatz, Koffka, Neumann. (Berlin. Vahlen 1900).

Windscheid. Lehrbuch des Pendektenrechtes. 3 Bd. 5. Auflage. Frankfurt. Rütten und Loening 1882.

---

[1]) Zitiert: Seufferts Archiv Seite 27.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551526_0104

Das Institut des Testamentsvollstreckers hat seinen Ursprung in dem Salmanne des alten deutschen Rechtes,[1]) der als Mittelsperson das noch nicht gebräuchliche Testament ersetzte. Dem Salmanne wurde das Grundstück oder das Vermögen im Gesamtsinne — die fahrende Habe wurde nicht auf diese Art vergeben — bei Lebzeiten des Eigentümers übertragen unter Vorbehalt des Besitzes und Genusses für Lebenszeit und mit der Bestimmung, das lediglich formell Zugewendete nach dem Tode des Vergebenden anderen Personen zu übertragen, wobei dem Salmanne je nach Geneigtheit und Vertrauen des Vergebenden mehr oder minder freie Hand gelassen wurde.

Eine Veränderung erfuhr die Stellung des Salmannen durch das Aufkommen des Testamentes. Die Erbeinsetzung freilich blieb zunächst noch fremd; nur Vermächtnisse hinsichtlich fahrender Habe wurden zugelassen. Hier lag die Befürchtung nahe, daß der gesetzliche Erbe wenig zur Erfüllung der ihm testamentarisch auferlegten Belastungen geneigt sein würde. Zum Schutze der letztwilligen Bestimmungen diente eine Heranziehung des alten Instituts des Salmannen, der aus einer formell notwendigen Mittelsperson zwecks Vergebung des Nachlasses zu einer Vertrauensperson wurde, welche für Ausführung der letztwilligen Bestimmungen Sorge trug.

In dieser Gestalt erhielt sich das Institut, auch als die Erbeinsetzung durch Testament in Übung kam und die römische Idee der Universalsuccession herrschend wurde.

---

[1]) Hierüber vgl. Sictenis Bd. 3 S. 477 ff. Anm. 4; Meischeider S. 450 ff.

Es erhielt sich, trotzdem es den römischen Anschauungen, nach welchen Ausführung des letzten Willens und Liquidation des Nachlasses Sache des Erben war, widersprach.[1]) Der Widerspruch zeigte sich in der Schwierigkeit, das Institut mit der vorhandenen Rechtslage theoretisch in Einklang zu bringen.

Diese Aufgabe beschäftigte die Rechtswissenschaft die Jahrhunderte hindurch. Zunächst lag das Bedürfnis nahe, Einzelnormen für die Praxis zu finden. Man griff hierbei zu verwandten Instituten und schöpfte die Vorschriften im Wechsel der Meinungen bald aus den Bestimmungen über Legate, über Arbitratoren, bald aus dem Institut des Mandats oder dem der Vormundschaft.[2]) Über die Rechtsnatur des Instituts war damit freilich noch nichts gesagt, denn es handelte sich immer nur um analoge Anwendung von Einzelvorschriften.[3]) Die eigenartige Natur des Instituts bedingte, daß man auf dem Wege der Einzelanalogie zu einer Rechtsgestaltung kam, welche, als Ganzes betrachtet, dem Institut, dem die Vorschriften entlehnt waren, innerlich doch wieder nicht entsprach, so daß man dem praktischen Bedürfnis genügte, theoretisch aber nicht weiterkam.

Daher begann man um die Mitte des XIX. Jahrhunderts den umgekehrten Weg einzuschlagen; man suchte das Institut theoretisch festzustellen, um dann aus dem neuen Rechtsbegriff die entsprechenden Einzelsätze zu finden. In der Aufsuchung dieses Begriffes aber zersplitterten sich die Meinungen auf das äußerste.[4]) Der Streit der Wissenschaft zeigt sich in vollem Umfange auch in der Praxis.[5])

---

[1]) Dernburg Bd. 5 S. 375 in der Mitte.

[2]) Den Gesichtspunkt der Vormundschaft stellt noch Windscheid, Pandekten, Bd. 3 S. 109 Anm. 7 in den Vordergrund.

[3]) Vgl Meischeider S 458 unten.

[4]) Vgl. Endemann Bd 3 S. 220 Anm. 11; Meischeider S. 460 ff.

[5]) Vgl. R. G. Entsch. in Zivils. Bd. IX S. 209, Bd. XVI S. 139, Bd. XXV S. 295 (v. C. S.), Bd. XXXII S. 152, Marcus S. 53 ff. gibt eine Übersicht des wechselnden Standes der Rechtsprechung.

Mit Grund bezeichnen unter diesen Umständen die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch[1]) die Testamentsvollstreckung als ein „dunkles Institut". In dem Bestreben, von Grund aus Klarheit zu schaffen, geht der erste Entwurf offenbar von einer bestimmten juristischen Konstruktion aus, insofern er den Testamentsvollstrecker als den Vertreter des Erben betrachtet. Daß diese Auffassung den Entwurf beherrscht, trotzdem die Motive das konstruktive Endergebnis der Wissenschaft überlassen zu wollen erklärten,[2]) ergibt sich aus § 1903 des Entwurfs I in Verbindung mit den auf S. 236 des V. Bandes der Motive dargestellten Erwägungen.

Gegen die gesetzliche Festlegung dieser Konstruktion erhob sich in der Wissenschaft, besonders von deutschrechtlicher Seite ausgehend, ein lebhafter Kampf, der vor allem in den Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages zum Ausdruck kam.[3])

In den Verhandlungen der Kommissionen für die zweite Lesung schlug man einen anderen Weg ein und sah von der Legalisierung einer bestimmten juristischen Konstruktion überhaupt ab. Man gab die praktischen Einzelvorschriften und überließ die Entdeckung des Prinzipes der Wissenschaft, allerdings unter deutlicher Ablehnung der Auffassung, welche den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erben ansah.[4]) —

Aus dieser Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt sich einmal, daß die Wissenschaft bei der juristischen Konstruktion des Prinzipes freie Bahn hat und nur insofern gebunden ist, als die vorliegenden Einzelvorschriften als

---

[1]) Motive V S. 236 oben.

[2]) Motive V S. 217, Vorbemerkung a. E.

[3]) Vgl. Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages Bd. I S. 3 ff., S. 43 ff., Bd. III S 223 ff. In der negativen Stellung zum Entwurf war man sich einig; die Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der positiven Regelung wurden durch die Abstimmung zu Gunsten der Gierkeschen Auffassung entschieden. Bd. III S. 259.

[4]) Protokolle V S. 270 Z. 6 f., S. 278 in der Mitte, S. 289 vor A, S. 290 Z. 1, S. 296 H, S. 299 Abs. 1.

Ausflüsse des zu findenden Begriffes erscheinen müssen. Ferner aber folgt daraus, daß man die Begründung des Prinzipes nicht aus dem äußeren Wortlaut der Einzelvorschriften und ihrer Stellung im Gesetze schöpfen darf, wie vielfach verfahren ist,[1]) da den Gesetzgeber, welcher einerseits sich theoretisch nicht binden wollte, andererseits mit dem bevorstehenden Streit der Wissenschaft rechnen mußte, nur die eine Absicht beherrschen konnte, die Bestimmungen ohne Rücksicht auf Theorien möglichst zweifelsfrei herauszuarbeiten.

I. Die allgemeine rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers.

Das Thema der Arbeit ist sowohl materiell rechtlicher wie prozessualer Natur. Es handelt sich um die Frage, welche Ansprüche von dem Testamentsvollstrecker, welche Ansprüche ihm gegenüber gerichtlich geltend gemacht werden können — die Frage der sachlichen Legitimation —, weiter aber auch darum, in welcher Art diese Geltendmachung erfolgt. —

Vorauszugehen hat der Erörterung die Konstruktion des rechtlichen Begriffes des Testamentsvollstreckers. Auch nach der eingehenden gesetzlichen Regelung des Institutes hat die Frage der Begriffsbestimmung keineswegs lediglich theoretische Bedeutung,[2]) sondern ist, abgesehen von ihrer Aufgabe, das Rechtsverhältnis zu klären, entscheidend für eine Reihe von Streitpunkten, zumal solcher auf prozessualem Gebiet.

Im gemeinen Recht herrschte ein lebhafter Streit um die theoretische Konstruktion des Begriffs; unter der Herrschaft des B. G.-B. ist dieser Streit, zum Teil in den alten

[1]) Vgl. z. B. Gaupp Bd. I, zu § 327 Bem. I S. 787; Schultze S. 68 unten, S. 69.

[2]) Vgl. Brettner in Kohlers Archiv Bd. XVII, S. 227, VI.

Formen, aufs neue entbrannt. Hier interessiert nur die Feststellung des Institutes in der vom B. G.-B. getroffenen Regelung. Es genügt daher, die die Begriffsbestimmung des Testamentsvollstreckers betreffenden Theorien, soweit sie nunmehr von der Wissenschaft verlassen sind und auch unserer Ansicht heute keinesfalls mehr zutreffen, kurz zu streifen.

Die Legatstheorie war wohl schon von der Theorie des gemeinen Rechtes allgemein aufgegeben.[1]) In der Tat mangelt es an der notwendigen Zuwendung eines Vermögensvorteiles. Die Aussetzung einer Vergütung kann zwar erfolgen, ist aber nicht wesentlich.[2])

Gegen die Mandatstheorie, welche in dem T.-V. einen Beauftragten des Erblassers sieht, spricht, daß der T.-V. seine Stellung nicht kraft Vertrages, sondern kraft einseitiger letztwilliger Verfügung hat. Nach den Grundregeln des Mandats müßte auch der T.-V. an die Weisungen des Erben als Rechtsnachfolgers des Erblassers gebunden sein, und dem Erben der freie Widerruf zustehen. Beides trifft nicht zu.[3]) Die Meinung Sturms,[4]) daß die in § 2218 B. G.-B. beliebte Heranziehung von Auftragsvorschriften einen Kompromiß mit der alten Mandatstheorie bedeute, ist unberechtigt.[5]) Hier bestätigt sich lediglich die alte Meinung, daß gewisse verwandte Institute bei der gesetzlichen Festlegung im Einzelnen schwer entbehrt werden können.[6])

Die Vormundschaftstheorie scheitert daran, daß der T.-V. im privaten Interesse, der Vormund vor allem im öffentlichen Interesse berufen ist, und daß beim T.-V. weder

---

[1]) Motive Bd. V S. 217; gegen die Legatstheorie auch R. G. Entsch. in Zivils. Bd. XVI S. 187.

[2]) Vgl. Böhm, Erbrecht, S 176 unter II; Goldfeld S. 76.

[3]) So auch Böhm, Erbrecht, S. 176 unter II; Strohal I § 40 b S 292; Dernburg V S. 378 unter II; Arnold S. 13 f.; R. G. Entsch. in Zivils Bd. XXXII S. 153 unten.

[4]) § 29 S. 85 ff.

[5]) Gegen Sturm auch Strohal Bd. I S. 292 Anm. 2; Dernburg V S. 378 Anm. 5.

[6]) Vgl. Meischeider S. 513 ff.

staatlicher Zwang noch staatliche Beaufsichtigung stattfindet.[1])

Die von Beseler ausgehende Theorie, daß der Erblasser formell durch den T.-V., materiell durch den Erben repräsentiert werde, scheint Meischeider[2]) auch für das B. G.-B. festhalten zu wollen. Die Theorie ist heftig bekämpft worden. Die Angriffe Sturms[3]) und Arnolds[4]) treffen allerdings nicht den springenden Punkt. Man kann wohl sagen, daß der T.-V. den Willen des Erblassers repräsentiere, und überhaupt bezeichnet die Theorie das Verhältnis im allgemein sprachlichen Sinne nicht unrichtig. Nur gibt sie keine bestimmten juristisch-technischen Begriffe und dadurch wird ihre praktische Verwertung unsicher. Welche Stellung im streng rechtlichen Sinne soll denn nach dieser Theorie der T.-V. einnehmen? Soll er wirklich Vertreter des Erblassers im juristisch-technischen Sinne sein, so besteht dagegen das Bedenken, daß ein Toter nicht vertreten werden kann. Soll er — streng rechtlich genommen — Niemanden vertreten und, legitimiert durch den letzten Willen des Erblassers, im eigenen Namen handeln, so käme das auf die moderne Eigenrechtstheorie hinaus. In der Tat bezeichnet Hartmann[5]) das eigene erbrechtliche subjektive Recht des T.-V. als den richtigen Kern unter der Schale der Vorstellung von der formellen Repräsentation. —

Eine nähere Erörterung erfordern die modernen Vertretungstheorien.

Die Theorie, daß der T.-V. im Rechtssinne Vertreter des Erblassers sei, dürfte kaum aufgestellt sein. Der selbst-

[1]) Böhm, Erbrecht. S. 176 unter II; Goldfeld S. 75; auch Windscheid, der Hauptvertreter der Lehre im gemeinen Recht, erkennt diese Bedenken im Bd III S 109 f Anm. 7 sel.er an

[2]) Meischeider S. 461 f.

[3]) S 12 unter e.

[4]) S. 14

[5]) Gutachten in den Verhandl. d. 21. deutsch. Juristentages Bd. I S. 22 unter IV.

verständliche Satz, daß ein Toter nicht vertreten werden kann, ist nirgends angezweifelt.[1])

Für den Repräsentanten des Erblassers halten allerdings Meischeider[2]) und auch wohl Borcherdt[3]) den T.-V. Es ist oben bereits gesagt, daß diese Aufstellung keine juristische Konstruktion ist und die eigentliche Frage völlig offen läßt.

Die Ausdrucksweise des B. G.-B. im § 2206 B. G.-B. legt den Gedanken nahe, daß der T.-V. den Nachlaß vertrete. Diesen Standpunkt vertritt Hellwig,[4]) in besonderer Form Sturm,[5]) ferner Petersen,[6]) in den Verhandlungen de lege ferenda auch Levy.[7]) Rein und konsequent vertritt sie nur Hellwig; er betont ausdrücklich, daß die Masse Subjekt der materiellen Rechtsbeziehungen und Partei im Prozesse sei.

Diese Konsequenzen zieht Sturm nicht und will sie wohl nicht gezogen wissen. Wenigstens lehnt er es ab, aus dem Nachlaß eine juristische Person zu machen; er erklärt, einer solchen nicht zu bedürfen, da der T.-V. kraft positiven Institutes, das nirgends eine Analogie habe und mit römischer Stellvertretung nicht zu verwechseln sei, auf Grund germanischen Treueverhältnisses den Nachlaß vertrete.[8]) M. E. ist es danach bedenklich, Sturm unter die Anhänger einer Vertretung — im gewöhnlichen Sinne — des Nachlasses zu zählen, wie meist geschehen ist. Im Grunde kommt seine Theorie vom positiven Institut wohl auf die moderne Eigenrechtstheorie hinaus.[9]).

---

[1]) Im Sinne dieses Satzes Strohal Bd. I S. 293 unten und fast alle im Verzeichnis genannten Schriftsteller.

[2]) Eine weitergehende Ansicht will auch Herzfelder S. 476 F. 1. a Meischeider wohl kaum imputieren.

[3]) Vgl. S. 446 unten. Auf Seite 447 erklärt er ihn allerdings für den Beauftragten des Erben, auf Seite 450 oben Zeile 15/16 im Prozesse für den Repräsentanten (?) des Nachlasses.

[4]) Hellwig im Recht S. 31; Anspruch u. Klagrecht S. 74, 226, 237, 244.

[5]) S. 59 f.; S. 73 f.

[6]) Bd. I Vorb. zu § 50 ff. unter II, S. 125; zu § 327 Anm. 1 S. 664.

[7]) Verhandl. des 21. deutsch. Juristentages Bd. III S. 240 oben, S. 241 oben.

[8]) S. 15, S. 19, 21 unten, 37, 59, 60, 73.

[9]) Vgl. Gaupp Bd. I S. 134 Vorb. vor § 50 Anm. 22.

Nicht ganz klar ist auch Petersens Stellung. Zwar schließt er — es handelt sich bei ihm nur um die prozessualen Verhältnisse — unzweifelhaft die Annahme aus, daß der T.-V. in eigenem Namen Partei sei, oder daß er gesetzlicher Vertreter des Erben sei.[1]) Er betont auch ausdrücklich, daß der T.-V. ein mit gesetzlicher Vertretungsbefugnis ausgestatteter Verwalter fremder Vermögensmassen,[2]) daß er gesetzlicher Vertreter dieser Vermögensmasse sei,[3]) aber er rührt nicht an das Bedenken, daß doch nur ein Rechtssubjekt Partei sein kann und daß es, wie er selber betont,[4]) Rechtssubjekte, die keine selbständigen Personen sind, nicht gibt, der Nachlaß aber weder juristische Person ist, noch ihm durch das Gesetz in einzelnen Beziehungen diese Stellung zugewiesen ist.

Dieses Bedenken erledigt Hellwig, aber in sehr unbefriedigender Weise. Nach ihm ist der verwaltete Nachlaß — insoweit es sich nicht um zum Nachlaß gehörende Vermögensgegenstände handelt, soll nach Hellwig der T.-V. suo nomine handeln und prozessieren[5]) — zwar keine juristische Person,[6]) trotzdem aber nicht nur ein Rechtsobjekt,[7]) sondern ein mit derartiger Selbständigkeit ausgerüstetes Sondervermögen, daß es wie eine juristische Person behandelt und als mit selbständiger Rechtsfähigkeit ausgerüstet angesehen werden muß.[8]) Hellwig fordert also analoge Behandlung für die Sondervermögen.

Dagegen ist zu sagen, daß trotz aller Absonderung der Vermögen der Erbe Subjekt des Nachlasses bleibt,

---

[1]) Bd. I Vorb. vor § 50 ff. unter II, 8, S. 125.

[2]) Ebenda S. 126 Anm. 1 a. E.

[3]) Bd. I, zu § 327 Bem 1, S. 664.

[4]) So in Bd. I Vorb. vor § 50 ff. unter III, 11 und 13, S. 126.

[5]) Hellwig im Recht S. 30 Anm. 12. Damit werden die von Strohal Bd. I S. 294 Zeile 2 f. gegen Hellwig gerichteten Angriffe gegenstandslos.

[6]) Hellwig im Recht S. 31, Anspruch und Klagrecht S. 237.

[7]) Hellwig Anspruch und Klagrecht S. 238 oben.

[8]) Ebenda S. 244 oben.

der letztere aber unmöglich zugleich Objekt in der Hand des Erben und selbständiges Subjekt mit eben den Rechten und Verpflichtungen sein kann, aus denen er sich als Objekt zusammensetzt. Schon an dieser Erwägung scheitert die Theorie; sie ist entschieden abzulehnen.[1]) Praktisch würde ihre Durchführung im Einzelnen gute Resultate ergeben, aber die theoretische Schranke ist unüberbrückbar. —

Subjekt des Nachlasses ist der Erbe. Das legt die Auffassung nahe, daß der im Interesse des Nachlasses auftretende T.-V. Vertreter des Erben sei. In dieser allgemeinsten Form ist nun allerdings die Theorie schon um deswillen nicht haltbar, weil dann der Erbe für die vom T.-V. eingegangenen Verbindlichkeiten von vorneherein persönlich und unbeschränkbar haften müßte,[2]) während diese Verbindlichkeiten gemäß § 2206 B. G.-B. Nachlaßverbindlichkeiten sind. In dieser allgemeinsten Form wird aber die Theorie auch kaum vertreten,[3]) höchstens von Brettner,[4]) der aber durch die Annahme einer besonders gearteten gesetzlichen Vertretung den Weg für jede Einschränkung frei macht.

Alle anderen Vertreter der Erbenvertretungstheorie stehen auf dem Standpunkte: Der T.-V. ist gesetzlicher Vertreter des Erben in Ansehung des Nachlasses, des Erben als Nachlaßsubjektes.[5])

---

[1]) Ähnlich, zum Teil mit spezielleren Gründen neben anderen Strohal Bd. I S. 293/294; Förster S. 175/176; Herzfelder S 477 unter 21; Schultze S. 70; Goldfeld S 62 f.; Hartmann Verhandlungen Bd. I S. 13; Seuffert Bd. I S. 66 unten unter c; Gaupp Bd I S. 134 unten; Binder II S. 106: „eine juristisch unmögliche Kategorie". Eine leichte Hinneigung zur Hellwigschen Theorie, vielleicht in R. G. Entsch. in Zivils. Bd. 59 S. 366 Zeile 6 ff.

[2]) Diesen Angriff erheben Peiser S. 195 unten, S. 233; Arnold S. 15 oben. Arnold zitiert auch Strohal, doch hat dieser das Argument neuerdings aufgegeben. (Bd. I S. 294 Anm. 6).

[3]) Auch von den Motiven nicht. Vgl Mot. V. S. 236 Abs. 3. A. M. hinsichtlich der Auffassung der Motive Herzfelder, S 476 F. 1. d.

[4]) Im Archiv Bd. XVII S. 227.

[5]) So Cosack Bd. II S. 770 unter II; Böhm, Erbrecht, S. 177 unten; Arnold S. 26; Wilke S. 195 oben; Jäger S. 40 Anm. 14; Goldfeld S. 92 unten; Binder I S. 196, III S. 379 Anm. 18.

Aber auch diese Aufstellung bedarf notwendig einer Einschränkung. Es ist vielfach nicht genügend betont worden, daß der T.-V. eine Doppelstellung hat, deren Seiten nicht streng genug auseinander gehalten werden können.

Der T.-V. hat das Testament zur Ausführung zu bringen. Darf er die Verfügung nicht selber zur Ausführung bringen, so kann er gemäß § 2208 Abs. 2 B. G-B. gegen den Erben bezw. gemäß § 2223 B. G.-B. gegen den Vermächtnisnehmer auf Ausführung klagen. Der T.-V. hat die Auseinandersetzung unter den Miterben zu bewirken und kann hierbei in die Lage kommen, gegen den Erben zu klagen.[1]) Der normal gestellte T.-V. hat auch die Verwaltung des Nachlasses und kann in Fragen der Verwaltung mit dem Erben prozessieren,[2]) speziell gemäß § 2206 Abs. 2 B. G.-B. auf Zustimmung zur Eingehung von Nachlaßverbindlichkeiten klagen.

Die Aufstellung erschöpft die Grundfunktionen des T.-V. Soweit er in Erfüllung der beiden ersten Funktionen handelt und prozessiert, bezw. soweit er in Erfüllung der Verwaltungsfunktion gegenüber dem Erben handelt und prozessiert oder im Verkehre mit dritten die Frage der Verwaltungsfunktion selber den Gegenstand des Rechtsstreits bildet, steht der T.-V. auf eigenen Füßen. Hier kommen — eventuell gerade gegen den Erben gerichtete — Befugnisse und Pflichten in Frage, welche durch Annahme des Amtes selbständig für den T.-V. begründet sind. Er bewegt sich handelnd und prozessierend in der eigenen Rechtssphäre; um seine Rechte und Pflichten handelt es sich. Insoweit ist er zweifellos nicht Vertreter des Erben.[3])

Aber der normal gestellte T.-V. wird kraft Verwaltungsrechts auch für eine fremde Rechtssphäre tätig, indem er

---

[1]) Vgl. Seite 78 dieser Arbeit.

[2]) Vgl. Seite 79 dieser Arbeit.

[3]) Vgl. Herzfelder S. 478 oben; Levy Verhandlungen, Bd. III S. 239 oben.

gegenüber dritten über Nachlaßrechte verfügt, Verbindlichkeiten für den Nachlaß eingeht und über Nachlaßrechte und Nachlaßschulden prozessiert. Die Berechtigung zu dieser Tätigkeit schöpft er freilich aus eigenem Verwaltungsrechte; den Gegenstand des Handelns und Prozessierens aber bilden fremde Rechte und Verbindlichkeiten und die Wirkung seines Vorgehens tritt für einen Fremden ein. Denn Nachlaßrechte und Nachlaßverbindlichkeiten sind nicht, wie etwa das Recht und die Pflicht der Ausführung der testamentarischen Bestimmungen, Rechte und Pflichten des T.-V., sondern des Erben. Die Ausführungen, wonach die amtlichen Befugnisse und Pflichten des T.-V. selbständig für ihn begründet sind, schließen nicht aus, daß der T.-V., soweit er auf diese Weise kraft Verwaltungsrechtes dritten gegenüber für die Rechtssphäre des Erben handelt und prozessiert, als Vertreter des Erben zu betrachten ist. Auf den Standpunkt dieser eingeschränktesten Vertretungstheorie kommen im Resultat hinaus Herzfelder,[1]) Wilke,[2]) Binder.[3])

In dieser Form hält die Theorie die meisten in der Litteratur gegen sie gerichteten Angriffe aus. Wenn Arnold[4]) tadelt, daß man auf diese Weise dem T.-V. einen Januskopf aufsetze, so berücksichtigt er nicht, daß die Stellung des T.-V., soweit er eigene Amtsrechte wahrnimmt, sich begrifflich unterscheidet von der Stellung des fremde Rechte wahrnehmenden Vermögensverwalters, und die genannte Theorie daher an der Forderung einer einheitlichen rechtlichen Konstruktion des Institutes noch nicht zu scheitern braucht. Arnolds[5]) Theorie vermeidet freilich die Doppelstellung, indem er den T.-V. stets als den Vertreter des Nachlaßsubjektes ansieht und bei Prozessen zwischen Erben und T.-V. den letzteren als Vertreter des

[1]) S. 478.
[2]) S. 195 oben.
[3]) I S. 196; III S. 397 Anm. 18.
[4]) S. 15 unten.
[5]) S. 68 in der Mitte.

Nachlaßsubjektes dem Erben als Person gegenüberstellt, so daß dieselbe Person in verschiedener Erscheinung Kläger und Beklagter wäre. Das ist abzulehnen.

Der Einwand, daß der T.-V. auch gegen den Willen des Erben tätig werden müsse,[1]) schlägt gegen die Annahme einer gesetzlichen Vertretung nicht durch. Das Bedenken, daß bei Annahme der Erbenvertretungstheorie der prozessierende T.-V. als sachlich nicht mehr legitimiert abgewiesen werden müsse, sobald der vertretene Erbe die Erbenqualität verliert,[2]) wird gegenstandslos, wenn man mit Herzfelder[3]) annimmt, daß der T.-V. nicht eine bestimmte Person, sondern den wirklichen Erben als solchen vertrete.

Endlich sind auch die von Hartmann[4]) geäußerten Einwände grundsätzlicher Art, gegen die Goldfeld[5]) fast durchweg zutreffend polemisiert, gegenüber der Theorie in ihrer beschränkten Form unberechtigt — bis auf den bei Hartmann Seite 8 unten erwähnten, von Goldfeld nicht berührten Einwurf, der den wunden Punkt der Theorie bloslegt und auf den wir noch eingehend zurückkommen müssen. —

Im schroffen Gegensatz zu dieser Theorie steht die herrschende Auffassung, die ein Vertretungsverhältnis völlig ablehnt. Auch soweit der T.-V. als Vermögensverwalter für die Nachlaßmasse handelt und prozessiert, handelt er kraft eigenen Amtsrechtes. Dieses eigene Recht bildet nicht die Quelle einer Vertretungsbefugnis, welche erst die unmittelbare Wirksamkeit für den Erben zur Folge hat, sondern es befähigt den T.-V., im eigenen Namen mit unmittelbarer Wirkung für den materiellen Inhaber zu handeln.

---

[1]) So Arnold S. 14 unten, S 15 oben; Schultze S. 65.
[2]) So Schultze S. 68.
[3]) S. 479 unten, S. 480 oben.
[4]) „Gutachten." Verhandl. Bd. I S 6 ff.
[5]) S. 82 ff.

Diese Auffassung vertritt fast einhellig die Praxis,[1]) allerdings durchweg nur im Anschluß an die herrschende Meinung oder unter Hinweis auf den Amtscharakter der Stellung ohne nähere Begründung.

In der Litteratur vertreten die Theorie unter besonderer Betonung des Amtscharakters Strohal,[2]) Planck[3],) Matthias,[3a]) Frommhold,[4]) Dernburg,[5]) Peiser,[6]) Förster,[7]) Marcus,[8]) ferner Hartmann[9]) und Bingner,[10]) von den Prozeßrechtlern Gaupp.[11]) Auch Neumann, den Herzfelder[12]) zu den Anhängern der Nachlaßvertretung rechnet, steht auf dem Standpunkt der Eigenrechtstheorie. Wenn er in Bd. I auf Seite 561 unter Z. 4 sagt, der T.-V. vertrete den Nachlaß kraft Amtes, so geht aus Bem. A. I. 2 in Bd. I S. 157 hervor, daß er damit nicht die unmittelbare Stellvertretung meint und infolge seiner Auffassung von der Stellvertretung den T.-V. als Vertreter im Rechtssinne nicht ansieht. Daß seine Auffassung der Eigenrechtstheorie gleichkommt, ergibt sich aus Bem. 2 zu 2212 Bd. II S. 569. — Auf dem gleichen

---

[1]) Entsch. d. R. G. in Zivils. Bd. 56 S. 330, Bd. 59 S. 365, Bd. 61 S. 141 oben, S. 145; ferner das Kammergericht in Rechtspr. d. O.-L.-Ger. Bd. 4 S. 435 f., Bd. 8 S. 31 f. (trotzdem aber Anwendung des § 181 B. G.-B. empfohlen), S. 277 (betont die analoge Anwendung des § 181), Bd. 9 S. 404 f.; vgl. ferner Rechtspr. d. O.-L.-Ger. Bd. 2 S. 127 f. (O.-L.-Ger Kiel), Bd. 4 S. 437 f. (O.-L.-Ger. Kolmar), S. 122 (O.-L.-Ger. Hamburg); L.-Ger. Schwerin in Meckl. Zeitschr. Bd. 19 S. 331. In Rechtspr. d. O.-L.-Ger., Bd. 6 S. 308 Z. 5 ff. schließt das Kammergericht wohl nur die Vertretung des Erben als Person aus.

[2]) Bd. I S. 295.

[3]) Bd. V S. 381.

[3a]) Bd. II S. 524/525.

[4]) S. 191, S. 194.

[5]) Bd. V S. 377, S. 379.

[6]) S. 196, S. 198 unter 2, S. 233.

[7]) S. 174 f.

[8]) S. 57, S. 62.

[9]) Verhandl. Bd. I S. 17 f. (de lege feranda).

[10]) A. a. O. S. 619, 620.

[11]) Bd. I S. 133, 134 Anm. c, S. 787 Bem. I zu § 327.

[12]) A. a. O. S. 476 unten.

Standpunkt stehen auch die Motive zur Novelle zur C. P. O.[1]) Nach Förster[2]) steht auch Böhm auf diesem Standpunkt. Seine Stellung ist aber zweifelhaft.[3]) In einer neueren Abhandlung[4]) referiert er lediglich die herrschende Meinung.

Im Allgemeinen rechnet man auch Endemann zu den Vertretern der Eigenrechtstheorie. Seine Stellung ist aber nicht klar. Er betont zunächst den Amtscharakter und den richtigen Gedanken der äußeren Unabhängigkeit, der inneren Gebundenheit des T.-V., also einer fiduziarischen Rechtsstellung.[5]) Über Wesen und Grund der Erscheinung, daß die Handlungen des T.-V. unmittelbar für den Erben wirken, ist damit freilich noch nicht entschieden und hier bleibt Endemann unklar. Auf S. 220 betont er die zivilrechtlich selbständige Stellung und weist den Gedanken an einen Auftrag zurück. Ob er damit auch die gesetzliche Vertretung ausschließen will, ist nicht ganz sicher, zumal er auf S. 221 Anm. 16 von Vertretungsmacht zu eigenem Rechte und objektiver Vertretung spricht, auf S. 230 unten aber wieder feststellt, daß der T.-V. im eigenen Namen prozessiere.

Auf extrem eigenrechtlichem Standpunkt steht Bunsen,[6]) nach dem der T.-V. durch seine Amtshandlungen selber berechtigt und verpflichtet wird und nur obligatorisch zur Übertragung auf den Erben gehalten ist. Diese Auffassung widerlegen schon §§ 2206, 2213 B. G.-B., wonach durch die Handlungen des T.-V. gegen den Erben wirksame Nachlaßverbindlichkeiten entstehen.[7])

---

[1]) Mater. zur C. P. O., Heymannsche Ausgabe, S. 155 zu § 293 c

[2]) S. 175 Anm. 2.

[3]) Vgl. Böhm, Erbrecht, S. 177 unten („Vertreter des Erben"), S. 191 oben („im Prozesse nicht gesetzl. Vertreter des Erben").

[4]) Im „Recht" 1900, S. 270 Spalte 2.

[5]) Bd. III S. 221.

[6]) A. a. O. S. 266.

[7]) Dagegen auch Planck, Bd V S 399 Note 4 c zu § 2205, Förster S. 163 unten.

Auf dem äußersten Flügel dieser Gruppe steht Schultze,[1]) der dem T.-V. ein dingliches Recht am Nachlasse zuweist. Über ihn wird noch zu reden sein.

Eine nähere Begründung der Theorie lassen ihre Vertreter meist vermissen. Vor allem genügt es nicht, wenn man sagt,[2]) der T.-V. werde eben kraft Amtes tätig. Dadurch braucht der Stellvertretungsbegriff noch nicht überflüssig zu werden.[3]) Auch der Vormund hat ein Amt; dieser Begriff kann ebensogut als die Quelle der Vertretungsmacht, wie als Quelle eines zivilrechtlich selbständigen Rechtes gedeutet werden.

Der springende Punkt, in dem sich die Theorien scheiden, wird mit einer solchen Begründung nur angedeutet.

Beide Theorien in den oben abschließend fixierten Formen stimmen darin überein, daß der T.-V. als Nachlaßverwalter kraft Amtes für eine materiell fremde Rechtssphäre und mit Wirkung für sie tätig wird. Sie scheiden sich in der Frage des inneren Grundes der letzteren Erscheinung. Die Vertretungstheorie verlegt ihn in eine Vertretung des materiellen Rechtssubjekts, die Eigenrechtstheorie in ein eigenes selbständiges Recht besonderer Art.

Für diejenige Rechtsanschauung, welcher allein der Umstand, daß ein rechtsgeschäftliches Handeln Wirkung für einen dritten herbeiführt, genügt, um den Begriff der Stellvertretung als erfüllt anzunehmen, ist der Zwiespalt in dieser Form nicht vorhanden, und insofern hat Binder[4]) Recht, wenn er als den Angelpunkt des Problems die Frage des Begriffs der Stellvertretung bezeichnet. Jedenfalls ist diese Frage notwendige Vorfrage für die Entscheidung des Zwiespaltes. In dieser Hinsicht vertritt die Arbeit, was

---

[1]) S. 65 ff., S. 71.

[2]) So Frommhold S. 194 unter I; Marcus S. 57 unten und andere

[3]) Vgl. Jäger S. 40 Anm. 14; Herzfelder S. 478. Über die Vereinbarkeit von Amt und Stellvertretung enthält auch R. G. Bd. XVI S. 406 nähere Ausführungen (betr. den Gerichtsvollzieher).

[4]) Bd. III S. 379 Anm. 18.

freilich in ihrem Rahmen nicht näher begründet werden kann, eine der erwähnten weitgehenden Meinung entgegenstehende Auffassung. Stellvertretung im technischen Sinne liegt nur vor, wenn das Handeln darum für den Vertretenen wirkt, weil es, entweder auf Grund des Willens des Vertretenen — rechtsgeschäftliche Stellvertretung — oder aber unmittelbar auf Grund des Gesetzes — gesetzliche Stellvertretung — als Handeln des Vertretenen gilt und der Vertreter lediglich eine Mittelsperson bildet, welche zwar als solche selbständig handelt, im übrigen aber ihre Rechtsstellung völlig aus der fremden Rechtssphäre entlehnt und nach außen lediglich die Verkörperung des Willens eines Anderen bedeutet.

Legt man diese Auffassung der Stellvertretung zu Grunde, so besteht die Frage: Stellvertretung oder Eigenrecht noch fort.

Den Weg, die Frage zu entscheiden, lehrt uns die vom Gesetzgeber in letzter Linie befolgte Methode. Aus der Betrachtung der Einzelbestimmungen des Gesetzes gilt es, das Prinzip zu finden, dessen Entdeckung der Gesetzgeber der Wissenschaft überließ.

Gemäß § 2205 B. G.-B. darf der T.-V. über die Nachlaßgegenstände verfügen, gemäß § 2211 Abs. 1 B. G.-B. ist dem Erben die Verfügungsmöglichkeit genommen. Es liegt also eine Beschränkung des Erben zu Gunsten des T.-V. vor. Welchen Charakter hat die Beschränkung?

Von einem Teil der Anhänger der Erbenvertretungstheorie wird sie als eine rein persönliche Beschränkung angesehen, die den Erben insoweit geschäftsunfähig macht oder ihn doch in einen der Geschäftsunfähigkeit analogen Zustand versetzt.[1]) Diese Annahme ist auch tatsächlich der einzige Weg, um die Theorie zu retten.

---

[1]) So Brettner im Archiv Bd. 17 S. 228, im Recht 1900 S. 320 unter VII a; Wilke S. 195 oben; Arnold S. 57/58; auch wohl Binder Bd. II S. 105; ferner die Motive Bd. V S. 235, S. 236.

Hierin liegt aber eine Verkennung der Beschränkung. Der Erbe bleibt voll geschäftsfähig und auch von einem der Geschäftsunfähigkeit analogen Zustand kann man nicht reden, da die Beschränkung seine persönlichen Eigenschaften gar nicht betrifft.[1])

Es liegt eine dingliche Verfügungsbeschränkung vor;[2]) auf die Nachlaßgegenstände ist, wie Hartmann[3]) es ausdrückt, ein dinglicher Bann gelegt. Nicht etwa ist das Recht des Erben durch ein dingliches Recht des T.-V. an den Nachlaßgegenständen eingeschränkt.[4]) In seinem materiellen Bestande erleidet das Recht des Erben keine Beschränkung; nur ausüben kann der Erbe es nicht, und daß es dieses nicht kann, ist allerdings nicht eine Eigenschaft seiner Person, sondern des Rechtes in seiner Hand; insofern erleidet sein Recht eine Beschränkung. Dafür spricht deutlich der Abs. 2 des § 2211 B. G.-B., welcher die Vorschriften zu Gunsten derer, welche vom Nichtberechtigten erwerben, anwenden will. Zum Ausgleich persönlicher Mängel dienen diese Vorschriften nirgends im B. G.-B., auch hier wird durch den guten Glauben des Kontrahenten ein Mangel, der dem Rechte in der Hand des Gegners anhaftete, geteilt, nicht der Mangel einer subjektiven Eigenschaft, der Geschäftsfähigkeit ausgeglichen.

Hieraus ergibt sich, daß der T.-V., soweit er kraft Verwaltungsrechtes über Nachlaßrechte verfügt, keinesfalls als Vertreter des Erben handelt. Ein Vertreter hat nur die Rechte, die der Vertretene hat; Beschränkungen des

---

[1]) Aus dem Ausdruck „kann“ im § 2211 B. G.-B. darf man kein Argument schöpfen; vgl. Bunsen S. 265.

[2]) So unter anderen Planck, Bem. zu § 2211, Bd. V S. 405/406; Neumann Bd. II S. 561 unter 2; Dernburg Bd. V S. 369 unter VI 1; Hellwig Anspruch und Klagrecht, S. 208 unten, S. 221; Schultze S. 66; Bunsen S. 265/266; anscheinend auch die Motive, Bd. V S. 233, im Widerspruch gegen, S. 236.

[3]) Verhandl., Bd. I S. 8 unten.

[4]) So Schultze S. 74.

Rechtes kann die Einrichtung einer gesetzlichen Vertretung nicht ausgleichen.

Die gleichartige Erscheinung finden wir bei Prozessen um Nachlaßrechte, die der Verwaltung des T.-V. unterliegen. Solche Rechte kann gemäß § 2212 BGB. nur der T.-V. gerichtlich geltend machen. Der Erbe ist insoweit von der Prozeßführung ausgeschlossen. Beruht diese Ausschließung auf subjektiven Gründen? Die auf Seite 24 Anm. 1 genannten Schriftsteller nehmen das an und konstatieren eine Prozeßunfähigkeit in concreto oder doch einen analogen Zustand.[1]) Die Beschränkung liegt aber auf anderem Gebiete. Dem Erben, dem durch § 2211 BGB. die Verfügung über die Nachlaßrechte entzogen ist, wird durch die ergänzende Vorschrift des § 2212 auch die Sachlegitimation im Prozesse, das Prozeßführungsrecht entzogen; er ist nicht mehr die richtige Partei. Nur der T.-V. ist sachlich legitimiert.

Daß die Beschränkung auf sachlichem Gebiet liegt, erkennen nicht nur die Vertreter der Eigenrechtstheorie,[2]) sondern auch mehrere Anhänger der Erbenvertretungstheorie[3]) an. Die Letzteren dürften sich damit mit ihrer Theorie in Widerspruch setzen. Ist der Erbe nicht sachlich legitimiert, so kann es ein Vertreter des Erben keinesfalls sein, wenn man nicht alle Grundsätze der Vertretung über den Haufen werfen will.[4])

Wenn wir eben dem T.-V. an Stelle des Erben die ausschließliche Sachlegitimation für Aktivprozesse zusprachen,

---

[1]) So vor allem Arnold S. 57, der einen unhaltbaren Kompromiß schließt.

[2]) So u. a. Förster S. 159; Gaupp Bd. I S. 134, S. 738 unter IIa.; Bunsen S. 267; vom Standpunkt der Nachlaßvertretungstheorie Hellwig im Recht 1902 S. 30, Anspr. und Klagerecht S. 221, S. 244 unten, S. 247 unten, S. 248 oben.

[3]) Seuffert B. I S. 80, 81 unter III, IV; Herzfelder S. 480 in der Mitte („der Erbe insoweit nicht zur Prozeßführung legitimiert"), dagegen allerdings S. 504 I. A. („dem Erben fehlt die Prozeßführungsmacht, nicht etwa nur (?) die Sachlegitimation!")

[4]) Gegen Seuffert auch Hellwig im Recht 1902 S. 30 Anm. 11.

so ist selbstverständliche Voraussetzung, daß wir dabei den freieren Begriff der Sachlegitimation: „Befugnis, über den Streitgegenstand Prozesse zu führen",[1]) grundleglich machen. Vom Standpunkt Petersens[2]) aus, der nur den für sachlich legitimiert hält, welchem der Anspruch zusteht[3]), kann freilich der T.-V. nicht sachlich legitimiert sein.

Formulieren wir das bisherige Resultat: Der T.-V. ist, soweit er über Nachlaßrechte verfügt und soweit er über solche prozessiert, nicht gesetzlicher Vertreter des Erben.

Soweit der T.-V. Verbindlichkeiten für den Nachlaß eingeht (§ 2206 BGB.) und Passivprozesse für den Nachlaß führt (§ 2212 BGB) trifft das oben entscheidende Moment nicht zu, denn obligatorische Verpflichtungen kann das Nachlaßsubjekt, dem ein T.-V. zur Seite steht, wirksam eingehen; soweit erstreckt sich die nur Verfügungen betreffende Beschränkung des § 2211 BGB. nicht. Das ist gegenüber Schultze und Frommhold[4]) zu betonen. Freilich — erfüllen kann der Erbe aus dem Nachlaß eine solche Verbindlichkeit infolge der Schranke des § 2211 BGB. nicht, und es liegt — betrifft die Verbindlichkeit einen Nachlaßgegenstand — anfängliches Unvermögen vor. Auch sind insofern die Verbindlichkeiten des Erben zunächst praktisch unwirksam, als sie gegen den T.-V., der den Nachlaß verwaltet, nicht geltend gemacht werden können. Die Wirksamkeit der Verpflichtung des Erben an sich wird aber dadurch nicht berührt.

Das Nachlaßsubjekt ist ferner durch § 2213 BGB. für Nachlaßverbindlichkeiten ausdrücklich neben dem T.-V. prozessual legitimiert.

---

[1]) So Seuffert Bd. I S. 78 unter 7; dem Sinne nach ebenso Gaupp Bd. I. S. 135 unten, Vorb. vor § 50, II.

[2]) Bd. I, Vorb. zu § 50, S. 131, IV, 22.

[3]) Im Anschluß an seinen engen Parteibegriff; vgl. dazu Petersen Bd. I, Vorb. zu § 50, S. 121 unter 4.

[4]) Schultze S. 74 unten; Frommhold S. 202, Bem. 3 zu § 2211; vgl. dagegen Motive Bd. V S. 233 zu § 1901.

In beiden Beziehungen kann man also nicht mit dem Argument operieren, daß der Vertreter niemals mehr Rechte hat als der Vertretene, und daß er, weist ihm das Gesetz mehr Rechte zu, eben nicht Vertreter sein kann. — Denn hier hat der T.-V. nur die Befugnisse, die auch der Erbe hat.

Der Gedanke, in dieser Hinsicht eine gesetzliche Vertretung geschäfts- und prozeßfähiger Personen anzunehmen, ist aber abzulehnen, denn eine solche Doppelstellung hat das Gesetz unmöglich gewollt. Das Gesetz hat für Verfügungen des T.-V. über Nachlaßrechte und für Aktivprozesse unzweifelhaft den Gedanken einer gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen. Damit ist dieser Gedanke aber auch für die anderen Seiten des Verwaltungsrechts abgelehnt, denn der Vermögensverwalter als solcher muß begrifflich eine einheitliche Rechtsstellung haben. Hier paßt allerdings das Argument vom Januskopf, da es sich nicht um verschiedene Funktionen des T.-V., sondern nur um seine Verwaltungstätigkeit und ihre verschiedenen Gebiete handelt.

Ist aber somit der T.-V. in seiner Verwaltungstätigkeit als gesetzlicher Vertreter des Erben nicht anzusehen, so bleibt nur übrig, daß kraft eigenen Rechtes er für die fremde Rechtssphäre und mit unmittelbarer Wirkung für dieselbe handelt und prozessiert.

Die Frage, wie nun dieses Recht, welches unmittelbare Wirkung für einen Fremden eintreten läßt, zu konstruieren sei, kann man nicht völlig „getrost unerörtert lassen", wie Giercke[1]) meint.

Abzulehnen ist die Konstruktion Schultzes[2]), der ein dingliches Recht des T.-V. am Nachlaß annimmt. Allerdings gäbe sie dem Institut eine feste privatrechtliche Unterlage[3]). Aber die Gründe, mit denen Strohal[4]) gegen diese Auffassung polemisiert, treffen durchweg zu.

[1]) Verhandl. Bd. III, S. 227, Zeile 7 und 8.

[2]) S. 73 f.

[3]) Schultze S. 82 oben.

[4]) Bd. I S. 295 Am. 8. Gegen Schultze auch Hellwig im Recht S. 30 Anm. 12.

Es bleibt nur übrig, ein absolutes Recht besonderer Art anzunehmen, vermöge dessen der T.-V. in die fremde Rechtssphäre eingreift und den Erben bindet, ohne sein Vertreter zu sein.[1]) Wenn man dagegen den vieldeutigen Satz einwendet, daß kein eigenes Recht ohne eigenes Interesse besteht, so kann man erwidern, daß der T.-V. als Amtsperson handelt und als solche das Amtsinteresse hat, freilich ein ideales Interesse, vermöge dessen er rechtlich fremde Interessen zu den seinen macht.[2])

Ein zweiter Angriff[3]) bemängelt die Unmöglichkeit, das Recht unter die gewohnten Formen zu rubrizieren. Das ist nun allerdings nicht unrichtig, und es läßt sich nicht leugnen, daß das Gesetz hier in gewissem Sinne ein Novum geschaffen hat. Allerdings auch nur in gewissem Sinne, denn im Gesetzlichem Verwaltungsrecht des Ehemannes haben wir ein ähnliches Gebilde, wobei nicht verkannt werden soll, daß die Natur auch dieses Instituts keineswegs feststeht, sondern sehr verschieden erklärt wird.—

II. Allgemeine prozeßrechtliche Folgerungen aus der Theorie.

Aus dem Ergebnisse der rechtlichen Konstruktion des T.-V. folgt ohne weiteres die Konsequenz: Der T.-V. ist in allen Prozessen, die er als solcher führt, Partei.

Er ist Partei, wenn es sich im Rechtsstreit um die Befugnisse und Pflichten handelt, welche durch die Annahme des Amtes für seine Person entstanden sind, etwa wenn er aus § 2208 Abs. 2 BGB. klagt, aus § 2215 BGB. gegen ihn geklagt wird.

---

[1]) Die theoretische Möglichkeit eines solchen „absoluten Rechtes sui generis“ gibt auch Hellwig im Recht S. 30 unter a. zu.

[2]) Vgl. Hartmann Verhandl. Bd. I S. 18.

[3]) Hartmann Verhandl. Bd. I S. 19.

Er ist aber auch dann Partei, wenn den Gegenstand des Rechtsstreits Nachlaßrechte und Nachlaßverbindlichkeiten bilden. Hier prozessiert er kraft eigenen Rechtes als Güterverwalter über fremde Rechte und Verbindlichkeiten.[1])

Gerade aus der Parteistellung des T.-V. in den letztgenannten Prozessen und den angeblichen Konsequenzen haben die Gegner der Eigenrechtstheorie ihre Hauptargumente geschöpft. Vor allem ist gesagt, die Parteistellung bedinge Gläubigerschaft hinsichtlich der zugesprochenen Leistung, persönliche Prozeßkostenpflicht des T.-V., Rechtskraft ihm persönlich gegenüber.[2]) Diese Aufstellung berücksichtigt nicht, daß der T.-V. insoweit über fremde Rechte und Verbindlichkeiten lediglich kraft seiner Stellung als Güterverwalter prozessiert, und daß er daher auch nur als solcher in Betracht kommt. Seine Person, sein persönliches Vermögen scheiden völlig aus; an die Stelle tritt der Güterverwalter als solcher und das ihm in dieser Eigenschaft unterstellte Vermögen. Das Urteil wirkt in jeder Beziehung nur für den verwalteten Nachlaß. Es ist, wie Hellwig auf der Gegenseite sagt: Das Amt des T.-V. ist die Partei[3]) — d. h. das Amt, personifiziert in dem T.-V., in welchem der Güterverwalter von der sonstigen Persönlichkeit durchaus zu trennen ist.

Dieser Auffassung entspricht die in der Praxis übliche Parteibezeichnung. „Der N. N. als T.-V. des X.schen Nachlasses" — das bringt zum Ausdruck, daß der T.-V. Partei, und daß er nur in der amtlichen Eigenschaft des Vermögensverwalters Partei ist. —

---

[1]) Ich mache hierbei den von Gaupp Bd. I S. 132 Vorb. vor § 50 I und Seuffert Bd. I S. 65 II Abschn. unter 1 vertretenen Parteibegriff grundleglich im Gegensatz zu der Auffassung Petersens Bd. I S. 121, Vorb. zu § 50 unter 2 vom Wesen der Partei.

[2]) Vgl. Hellwig S. 236 Anm. 3, Petersen Bd. I S. 122, S. 125 unter 8; Arnold S. 18 f; dagegen Peiser S. 233 unter b; Schultze S. 85 f.

[3]) Anspr. und Klagrecht S. 251, § 34 a. E.

Bestritten ist die Frage des Gerichtsstandes des Testamentsvollstreckers.

Wird der T.-V. nicht als Güterverwalter, sondern in einer seiner übrigen Funktionen beklagt, so finden die allgemeinen Regeln Anwendung. Die Klage kann im allgemeinen Gerichtsstand des T.-V., im besonderen Falle auch im Gerichtsstand des § 27 ZPO. erhoben werden.

Betrifft aber der Rechtsstreit eine gegen den T.-V. als Güterverwalter geltend gemachte Nachlaßverbindlichkeit, so unterliegt zunächst das keinem Bedenken, daß der T.-V. im Gerichtsstande der Erbschaft gemäß §§ 27, 28 ZPO. verklagt werden, und daß nach Lage der Sache ein anderer, besonderer Gerichtsstand gegeben sein kann.[1]) Unzweifelhaft ist ferner von unserem Standpunkt, daß der von Hellwig[2]) angezogene § 17 ZPO. keine Anwendung findet.

Soll aber die Erhebung der Klage auch im allgemeinen Gerichtsstand des T.-V. möglich sein?

Vom Standpunkt der Erbenvertretungstheorie ist die Verneinung selbstverständlich.[3]) Vom Standpunkt der Eigenrechtstheorie wird die Frage bejaht vom Kammergericht[4]) gleichfalls bejaht, aber unter Zweifeln von Planck[5]).

Die Auffassung des T.-V. als Partei drängt auf die Bejahung zu. Es ist allerdings zu erwägen, daß nicht eigentlich die Person des T.-V., sondern das in ihm personifizierte Amt Partei ist, und diese Amtspersönlichkeit von der allgemeinen Persönlichkeit und ihren Rechtsbeziehungen zu trennen ist.

Aber in diesem Punkte wird man die Trennung nicht durchführen können. Die Amtspersönlichkeit als solche hat weder Wohnsitz noch Aufenthaltsort; sie hat keinen

---

[1]) So Planck Bd. 5 S. 409. Anm. 6 zu § 2211; Arnold S. 71.

[2]) Anspr. und Klagrecht S. 248.

[3]) Herzfelder S. 482 oben; Arnold S. 72 oben; Seuffert Bd. 1 S. 77 unter 6.

[4]) Rechtspr. des O.-L.-Ger. Bd. 9 S. 404 f.

[5]) Planck Bd. 5 S. 409 Anm. 6 zu § 2211.

Amtssitz, an dem sie verklagt werden könnte. Sie schwebt andererseits nicht frei in der Luft, sondern ist — in dieser Beziehung untrennbar — mit der Person des Trägers verknüpft und muß dessen bürgerlichen Wohnsitz und Aufenthaltsort teilen. Das Gegenteil annehmen, hieße den Grundsatz der Trennung von Amt und Person überspannen und im letzten Grunde die Personifizierung des Amtes überhaupt leugnen. Für die Richtigkeit dieses Exempels spricht auch die Probe in der Praxis, welche das Resultat ergibt, daß bei Annahme der gegenteiligen Auffassung denkbarerweise die Belangung des T.-V. mangels eines Gerichtsstandes im konkreten Falle ausgeschlossen sein könnte. —

Indem man auch in reinen Nachlaßstreitigkeiten den T.-V. als Partei anerkennt, schafft man die Möglichkeit einer Intervention seitens des Erben in derartigen Prozessen des T.-V. Übrigens erreichen zum Teil auch die Anhänger der Vertretungstheorie dieses Ziel auf notwendigerweise etwas gewundenen Wegen.

Der Erbe kann in Aktiv- und Passivprozessen des T.-V., welche Nachlaßgegenstände betreffen, diesem gemäß § 66 der ZPO. beitreten.[1]) Das erforderliche rechtliche Interesse ergibt sich ohne weiteres aus der Wirkung des Urteils für und gegen den Erben gemäß § 327 ZPO. Da

---

[1]) So die Protokolle Bd. V S. 296 unter H., wo in seltsamem Mißverständnis ferner gesagt wird, daß die Motive Bd V S. 240 dem Erben das Recht der Nebenintervention absprächen. Die Motive bestreiten an dieser Stelle aber nur dem T.-V. das Recht der Nebenintervention, da ihm das Interesse mangele, lassen aber das Interventionsrecht des Erben ausdrücklich unberührt. — Im Sinne des Textes ferner Planck Bd. V S. 408 unter 3; Bingner S. 620; Förster S. 160; Frommhold S. 203 oben; Böhm im Recht S. 270; Marcus S. 73 unten; Peiser S. 234 unter d. (Die letzten vier entscheiden die Frage nur für Aktivprozesse.) Dafür ferner vom Standpunkt der Vertretungstheorie Wilke Bem. 1 zu § 2212 S. 205; Böhm Erbrecht S. 191 unten; Brettner S. 223 unten, S. 224; Herzfelder S. 508 unter IV; Seuffert Bd. 1 S. 105 unter b; ihm folgend Arnold S. 58 unten, S. 59.

das Urteil Rechtskraft für den Erben macht, wird dieser im Falle seines Beitritts Streitgenosse des T.-V. im Sinne des §§ 69, 61 ZPO.[1]) Den T.-V. gesetzlich zur Streitverkündung an den Erben zu verpflichten, haben die Protokolle abgelehnt.[2]) Das schließt nicht aus, daß im Einzelfalle die ordnungsmäßige Verwaltung sie dem T.-V. zur Pflicht macht.[3])

In Passivprozessen des Erben, die den Nachlaß betreffen, kann der verwaltende T.-V. gemäß § 66 ZPO. intervenieren. Dieser Ansicht sind Planck, Brettner und Wilke.[4]) Die Motive[5]) und Herzfelder[6]) vermissen das erforderliche rechtliche Interesse des T.-V. Dieses muß aber, ganz abgesehen von den Erwägungen Brettners,[7]) darin gefunden werden, daß das die Verbindlichkeit verneinende Urteil für den T.-V. wirkt, wie wir noch sehen werden.[8]) Infolgedessen muß aber auch der intervenierende T.-V. gemäß § 69 ZPO. Streitgenosse des Erben sein.[9])

Die Möglichkeit einer Hauptintervention des Erben in den vom T.-V. geführten Nachlaßprozessen ist ohne Zweifel dann gegeben, wenn der Erbe behauptet, daß das vom T.-V. geltend gemachte, zum Nachlaß gehörige Recht der Verwaltung nicht unterliege,[10]) oder daß ihm

---

[1]) So Planck Bd. V S. 408 unter 3; Brettner S. 223 unten; Förster S. 160 oben Zeile 5 ff.; der Letztere zitiert § 62 ZPO. (Druckfehler oder sachliche Abweichung?)

[2]) Protok. Bd. V S. 296 unter H.

[3]) Vgl, Planck Bd. V S. 408 Bem. 3 zu §§ 2212—2214.

[4]) Planck Bd. V ebenda; Brettner S. 224 Hauptabsatz unten; Wilke S. 206 Bem. 1 zu § 2213.

[5]) Motive Bd. V S. 240.

[6]) S. 508 Bem. 4 letzter Absatz.

[7]) S. 224.

[8]) Vgl. S. 50/51 dieser Arbeit.

[9]) A. M. Planck Bd. V S. 403 Bem. 3 zu § 2211, Wilke S. 206 Bem. 1 zu § 2213.

[10]) So Herzfelder S. 508 Bem. 4 Abs. 2. Planck Bd. V S. 408 Bem. 3 zu §§ 2212—2214; Strohal Bd. I S. 287 Anm. 49; Böhm im Recht S. 270 Spalte 2 oben.

der Streitgegenstand gemäß § 2217 BGB. herauszugeben sei.[1])

Andererseits kann auch für den verwaltenden T.-V. die Hauptintervention dann erforderlich werden, wenn der Erbe — entgegen der Vorschrift des § 2212 BGB. — ein vom T.-V. verwaltetes Nachlaßrecht geltend macht.[2]) Für die Anhänger der Eigenrechtstheorie hat dieser Fall besondere Bedeutung. Da der entgegen § 2212 BGB. um ein Nachlaßrecht prozessierende Erbe die Prozeßfähigkeit hat, und ihm nur die Sachlegitimation fehlt, wird dem Erben, wenn Erbe und Gegner kollidieren, das Recht zugesprochen. Dagegen hilft die Hauptintervention des T.-V.

Einen Spezialfall der Hauptintervention des T.-V. erwähnt Marcus.[3]) —

Bei der Frage der Kostenlast ist wiederum zu unterscheiden, ob eine eigentliche Nachlaßstreitigkeit vorliegt oder nicht.

Trifft das Erstere nicht zu, und streitet der T.-V. mit dem Erben oder mit Dritten[4]) über seine amtlichen Befugnisse und Pflichten, so muß den T.-V. persönlich die Kostenlast treffen,[5]) da es sich um durch Annahme des Amtes nunmehr für ihn persönlich begründete Befugnisse und Pflichten handelt. Ob er die Verwaltung des Nachlasses hat, ist für diese Fälle ganz gleichgültig. Eventuell kann der T.-V. gemäß §§ 2218, 670 BGB. von den Erben Ersatz der aufgewendeten Prozeßkosten verlangen.

Wie aber, wenn der Rechtsstreit ein Nachlaßrecht oder eine Nachlaßverbindlichkeit betrifft? Hier setzen gerade die

---

[1]) So auch Meischeider S. 506 unten, Planck, Böhm am eben genannten Orte.

[2]) Vgl. Strohal Bd. I S. 287, Anm. 49.

[3]) S. 62 oben.

[4]) Das Letztere ist nur in seltenen Fällen denkbar; vgl. S. 80 dieser Arbeit.

[5]) Vgl. Kammergericht in Rechtspr. der OLG. Bd. X S. 303 für den Fall der §§ 2215, 2218, 666 BGB.; ferner Gaupp Bd. I S. 257 Bem. IV. vor § 98 in m. E. nicht glücklicher Formulierung.

Hauptangriffe der Gegner der Eigenrechtstheorie ein.[1]) Berücksichtigt man aber genügend, daß es sich hier nicht um persönliche Rechte und Verbindlichkeiten des T.-V. handelt, daß er hier nicht als Person Partei ist, sondern lediglich in seiner Eigenschaft als Güterverwalter, so begründet sich die von den Gegnern vorweggenommene Tatsache, daß „anerkanntermaßen der Nachlaß für die Kosten haftet", auch im Rahmen der Eigenrechtstheorie. Kraft Verwaltungsrechtes und nur als Inhaber desselben prozessiert der T.-V. für die fremde Rechtssphäre. Als T.-V. — d. h. als Verwalter des Nachlasses wird er verurteilt; als solcher trägt er auch die Kosten. Persönliches Vermögen hat der Güterverwalter als solcher nicht; die Kosten trägt der Nachlaß.[2])

Eine eventuelle Ersatzpflicht des T.-V. aus § 2219 BGB. liegt außerhalb des Prozesses. —

Für Nachlaßstreitigkeiten folgt aus der Tatsache, daß zwar auch hier der T.-V. Partei, aber nur in seiner Eigenschaft als Güterverwalter Partei ist, notwendig, daß die Lage des Nachlasses hinsichtlich der Frage der Sicherheitsleistung entscheiden muß. Ist der T.-V. ein Ausländer, hatte aber der Erblasser seinen Wohnsitz im Inlande, so besteht keine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung.[3]) —

Kann dem T.-V. das Armenrecht gewährt werden?

Wenn er nicht als Verwalter des Nachlasses, sondern über die für ihn persönlich begründeten amtlichen Befugnisse und Pflichten prozessiert, steht wohl nichts entgegen, ihm den § 114 ZPO. zuzugestehen, denn er muß die Kosten aus eigenem Vermögen zahlen.

---

[1]) Vgl. S. 30 dieser Arbeit Anm. 2. So besonders Hellwig Anspr. und Klagrecht S. 236 Anm 3; Herzfelder S. 504 unter I A.; Arnold S. 24 oben.

[2]) Zustimmend Böhm im Recht S. 271, Spalte 1 oben; Peiser S. 233 unter b ; Schultze S. 86 f.; Bunsen S. 214; Gaupp Bd. I S. 257 Vorb. vor § 91, IV; auch wohl das Kammergericht in Rechtsspr. d. OLGer. Bd. IX S. 404 f.

[3]) Vgl. Bunsen S. 214 oben.

Dem als Güterverwalter prozessierenden T.-V. gewährt Seuffert[1]), verwehrt Gaupp[2]) das Armenrecht. Die Praxis hat sich, was den ähnlich gestellten Konkursverwalter anlangt, gegen die Erteilung ausgesprochen.[3]) Wenn in den Entscheidungen als Grund aufgestellt wird, das Armenrecht gebühre nur physischen Personen und sei aus diesem Grunde den Vermögensmassen oder deren Vertretern nicht zu gewähren, so berührt das nicht den für unsere Auffassung maßgebenden Punkt. Für uns lautet die Frage, ob der § 114 ZPO. auch anwendbar ist auf einen Amtsträger als solchen und zwar hinsichtlich des — materiell fremden — Vermögens, das seinem Verwaltungsrechte unterliegt. Direkte Anwendung kann auf solche Verhältnisse der § 114 keinesfalls finden, denn die Bestimmung hat, da sie das Kriterium der persönlichen Bedürftigkeit aufstellt, offenbar nur Personen im Auge, die aus eigenem Vermögen die Kosten bestreiten sollen. Im Hinblick darauf ist aber auch eine analoge Anwendung des § 114 ZPO., so wünschenswert sie sein möchte, bedenklich und abzulehnen. —

Daß der Erbe in Prozessen des um eigene Befugnisse und Pflichten streitenden T.-V. Zeuge sein kann, ist selbstverständlich; vom Standpunkt unserer Theorie wird er aber auch in den Nachlaßprozessen des T.-V. als Zeuge auftreten können[4]); übrigens stehen auch einige Vertreter der Erbenvertretungstheorie auf diesem ihrer Grundauffassung nicht entsprechenden Standpunkte.[5]) — Die

[1]) Bd. I S. 187 Bem. 1 a. zu § 114 a. E.

[2]) Bd. I S. 324 oben, Bem. 1 zu § 114.

[3]) Vergl. R. G. Entsch. in Zivilsachen Bd. 33 S. 366; ferner OLGer. Kiel in Seufferts Archiv Bd. 39 N. 54, wo allerdings mit Vertretungstheorien operiert wird.

[4]) Dafür Planck Bd. V S. 408 Anm. 2 zu §§ 2212—2214; Förster S. 160 oben; Peiser S. 233 unten; Böhm im Recht Spalte 1; von seinem Standpunkt auch Hellwig S. 249 unten.

[5]) So Herzfelder S 481 Abs. 5; Wilke S. 206 Bem. 2 zu § 2213; Seuffert Bd. I S. 550 in der Mitte; Arnold S. 58.

Vernehmung wird auf Grund des § 393 Z. 4 ZPO. zunächst uneidlich erfolgen.[1])

Ebenso muß der verwaltende T.-V. in Passivprozessen des Nachlaßsubjektes — § 2213 Abs. 1 S. 2 BGB. — Zeuge sein können,[2]) auch er wohl zunächst in uneidlicher Vernehmung, da sein Pflichtenkreis im Zusammenhange mit dem Streitverhältnisse steht und das den Anspruch verneinende Urteil für ihn wirkt.[3])

Zweifelhaft ist, ob in einem vom T.-V. geführten Nachlaßprozesse verwandschaftliche Beziehungen des Zeugen zum T.-V. die in §§ 383 Z. 1—3, 393 Z. 3 ZPO. genannten Rechtsfolgen haben, und wie es in dieser Hinsicht mit Beziehungen des Zeugen zum Erben steht, der, wenn auch materieller Inhaber des Rechtes, doch im Rechtsstreit nicht Partei ist. Die Ansichten gehen unter den Anhängern der Eigenrechtstheorie stark auseinander. Nach Böhm[4]) sind Beziehungen zum T.-V. wirkungslos; dagegen ist der Verwandte des Erben in analoger Anwendung der genannten Vorschriften zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt, bezw. uneidlich zu vernehmen. Nach Peiser[5]), der übrigens Böhm offenbar mißversteht, sollen Beziehungen zum T.-V. die bezeichneten Wirkungen haben. Nach Gaupp[6]) sollen Beziehungen zum T.-V., wie auch solche zum Erben wirkungslos sein.

Man wird sich dafür entschließen müssen, Beziehungen des Zeugen zum T.-V. als irrelevant zu betrachten, trotzdem der T.-V. Partei ist. Einmal ist, wie Gaupp[7]) hervorhebt, der Grund der Bestimmung, der sittliche Konflikt, nur vorhanden, wenn die Partei im eigenen Interesse, nicht als Amtsperson prozessiert. Dann aber — das steht in gewisser

[1]) Böhm im Recht S. 271 Spalte 1 Abs. 3.
[2]) Planck Bd. V S. 408 Bem 2 zu §§ 2212—2214.
[3]) Hierüber vgl. S. 50/51 dieser Arbeit.
[4]) S. 234 unter b, letzter Absatz.
[5]) S. 238 unter b., letzter Absatz.
[6]) Bd. I S. 873, Bem. 2 N. 2 und 3 zu § 383.
[7]) Am eben genannten Orte.

Beziehung zum ersten Grunde — ist unsere Entschließung auch eine notwendige Folge der Trennung der Amtspersönlichkeit des Güterverwalters von den sonstigen persönlichen Beziehungen.

Die von Böhm gewünschte analoge Anwendung bei Verwandschaft mit dem Erben ist zwar wünschenswert, aber doch wohl zu gewaltsam. —

Die gleichen Grundsätze müssen für die Beziehungen des Sachverständigen (§ 408 ZPO.) und des Richters (§ 41 Z. 1—3 ZPO.) zum T.-V. bezw. zum Erben gelten. —

Hinsichtlich der Eideszuschiebung und der Auflegung des richterlichen Eides steht der T.-V. in allen Prozessen genau so, wie eine gewöhnliche Partei. Der § 473 ZPO. finden niemals Anwendung[1]) sondern lediglich der § 445 ZPO. Man wird in Nachlaßprozessen den T.-V. als Rechtsnachfolger des Erblassers behandeln müssen.[2])

Daß die Trennung des Güterverwalters im T.-V. von der Person nicht mit sich bringt, daß dem T.-V. in Nachlaßprozessen etwa über seine vor Annahme des Amtes geschehenen Handlungen und Wahrnehmungen kein Eid zugeschoben werden dürfte, sei als Hinweis darauf erwähnt, daß die Trennung zweier Subjekte in einer Person ihre natürlichen Grenzen hat. —

Man hat viel darüber gestritten, wie es zu halten sei, wenn der T.-V. im Laufe des Rechtsstreits stirbt oder sein Amt verliert.

Betraf der Rechtsstreit nicht den Nachlaß, sondern prozessierte der T.-V. mit dem Erben — eventuell auch mit

[1]) So Planck Bd. V S. 408 Bem. 2 zu §§ 2212—2214; Förster S. 160 oben; Böhm Erbrecht S. 191; Wilke S. 205 Bd. I zu § 2212. Seuffert Bd. I S. 662 Bem. 2 d. zu § 473 und ihm folgend Arnold S. 58 verneinen die Anwendung des § 473 Abs. 2, 3 ZPO., trotzdem nach ihrer Auffassung der T.-V. gesetzlicher Vertreter des Erben ist. — Den § 473 wollen vom Standpunkt des 1. Entwurfes anwenden die Motive Bd. V S. 236 oben.

[2]) So Förster S. 160.

einem dritten[1]) — über die für ihn persönlich erwachsenden Befugnisse und Pflichten seines Amtes, so erledigt sich durch den Tod des T.-V. der Rechtsstreit. Seine persönlichen Rechtsnachfolger treten nicht ein, da die Befugnisse und Pflichten für die Person des T.-V. nur bestanden, weil und solange sein Amt bestand. Aus dem gleichen Grunde erledigt sich der Rechtsstreit, wenn der T.-V. sein Amt verliert. Auch wegen der Kosten ist er nicht fortsetzbar, da der T.-V. von nun an nicht mehr sachlich legitimiert ist.

Ist dem T.-V. gemäß § 2197 oder § 2199 Abs. 2 BGB. ein Nachfolger ernannt, so wird man wohl § 239 ZPO. analog anwenden dürfen.

Handelt es sich dagegen um einen vom T.-V. geführten Nachlaßprozeß, so ist die Lösung der Frage für die Vertretungstheorie leicht. Partei war schon vorher der Erbe; mit dem Fortfall des T.-V. endet die persönliche Beschränkung des Erben. Dieser führt den Prozeß ohne Unterbrechung fort.

Anders liegt die Sache für die Eigenrechtstheorie, da danach der T.-V. Partei, der Erbe formell garnicht beteiligt ist.

In den Verhandlungen der Kommission[2]) lehnte man den Antrag ab, eine Unterbrechung bis zur Aufnahme durch den Erben oder den dritten eintreten zu lassen. Man äußerte für Aktivprozesse die Ansicht, daß der Erbe ohne Unterbrechung eintrete, nahm aber eine solche Vorschrift nicht auf, da es sich um eine rein prozeßrechtliche Frage handele.

Betrachten wir zunächst den Normalfall, daß dem ausscheidenden T.-V. ein Nachfolger nicht ernannt ist.

Das ist zunächst klar, daß die persönlichen Rechtsnachfolger des T.-V. nicht eintreten.[3]) Der T.-V. hat keine persönlichen Rechtsnachfolger.

---

[1]) Vgl. Seite 80 dieser Arbeit.

[2]) Protokolle Bd. V S. 294, 287, 288.

[3]) So auch Peiser S. 233 unter b. Abs. 3.

Der § 239 ZPO. ist also beim Tode des T.-V. nicht anzuwenden.[1]) Im Falle einer sonstigen Beendung des Amtes ist eine Anwendung des § 239 ZPO. von vorneherein ausgeschlossen.

Aber auch der § 241 ZPO. kann vom Standpunkt der Eigenrechtstheorie keine Anwendung finden. Es besteht also eine Lücke im Gesetz.[2])

Schultze[3]) läßt diese Lücke unausgefüllt und will die Klage bei Endigung des Amtes wegen nunmehr mangelnder Sachlegitimation abgewiesen wissen. Das Ergebnis ist unerfreulich.

Man muß berücksichtigen, daß in Nachlaßstreitigkeiten Subjekt des Streitgegenstandes stets der Erbe war, daß das für und gegen den T.-V. ergehende Urteil für und gegen den Erben wirkt, und daß der Letztere durch den Fortfall des T.-V. auch die Sachlegitimation in Aktivprozessen zurückerhält.

Das gestattet den Schluß, daß der Erbe ohne Unterbrechung als Hauptpartei in den Rechtsstreit eintritt.[4]) Man schafft damit allerdings neues Recht.

Wie wirkt aber ein Wechsel in der Person des T.-V. auf die von ihm geführten Nachlaßprozesse? Daß für die Vertretungstheorie die direkte Anwendung des § 241 ZPO. keine Schwierigkeiten macht, liegt auf der Hand.[5]) Für unsere Theorie ist weder § 239 ZPO. noch § 241 ZPO. direkt anwendbar. Schultze[6]) will den § 239,

[1]) A. M. für die Eigenrechtstheorie Hellwig S. 236 Anm. 3.

[2]) Vgl. Böhm im Recht 1900 S. 270 Spalte 2 in der Mitte.

[3]) S. 88 vor III a. E.

[4]) So im Ergebnis Planck Bd. V S. 408 Anm. 4 zu §§ 2212—2214; Föhm im Recht 1900 S. 270 Spalte II in der Mitte; Böhm Erbrecht S. 191 unter A; Marcus S. 75 unten, S. 74 oben; Sturm S. 78 (lediglich die Protokolle referierend); Frommhold S. 203 Bem. 3 a zu § 2212. Peiser S. 241 unter 12 konstatiert lediglich die Lücke; die Ausführungen in Abs. 3 daselbst sollen wohl kaum auf den T.-V. ausgedehnt werden.

[5]) Vgl. Seuffert Bd. I S. 319 Bem. I b zu § 239.

[6]) S. 88 Z. 5 f. von oben.

Gaupp[1]) den § 241 analog anwenden. Die Entscheidung ist tatsächlich zweifelhaft. Gegen die Anwendung des § 239 läßt sich wohl nicht einwenden, daß der T.-V. auch anders als durch Tod abtritt. Darüber käme man mittels Analogie wohl hinweg. Aber bei aller Betonung des Eigenrechtes liegt hier die analoge Anwendung des § 241 ZPO. doch näher, da schließlich der T.-V. — mittels eigenen Verwaltungsrechtes — über materiell fremde Rechte und Verbindlichkeiten prozessierte.

III. Der Testamentsvollstrecker als Güterverwalter in Nachlaßstreitigkeiten.

Nach den prozeßrechtlichen Erörterungen allgemeiner Natur sind die verschiedenen Kreise von Fällen zu untersuchen, in denen der T.-V. prozessual tätig wird, und es ist festzustellen, welchen speziellen Regeln in materiellrechtlicher und prozessualer Hinsicht diese Betätigung im Einzelnen folgt.

Das wichtigste und umfassendste Gebiet bilden die Prozesse, die der T.-V. als Güterverwalter gegenüber dritten über Rechte und Verbindlichkeiten des Nachlaßsubjektes führt — die eigentlichen Nachlaßstreitigkeiten.

Vorauszuschicken ist, daß der T.-V. vermöge der ihm auch hier zukommenden selbständigen Parteistellung alle Prozeßhandlungen wirksam vornehmen kann, auch zu Vergleich, Verzicht und Anerkennung befugt ist; doch kann sich der T.-V. gemäß §§ 2216, 2219 BGB. eventuell dem Erben gegenüber ersatzpflichtig machen.

Gemäß § 2212 BGB. steht die Geltendmachung eines der Verwaltung des T.-V. unterliegenden Rechtes nur diesem zu. Über die Notwendigkeit dieser Bestimmung war man

[1]) Bd. I S. 525 Bem. I a Abs. 2 zu § 241.

sich in der Kommission allseitig einig.[1]) Damit ist dem Erben die Legitimation für Aktivprozesse über derartige Rechte völlig entzogen. Die Vorschrift bildet eine Folge und Ergänzung des § 2211 BGB., die besonders ausgesprochen werden mußte, da Entziehung des Verfügungsrechtes noch nicht das Prozeßführungsrecht beseitigt.[2])

Erforderlich ist nur, daß das streitige Recht der Verwaltung des T.-V. unterliegt. Ob der T.-V. die Verwaltung des Nachlasses im Ganzen hat, ist gleichgültig. Das konkrete Verwaltungsrecht gehört aber zum Klagegrunde; das ist besonders für Versäumnisurteile zu beachten.

Der Begriff der „gerichtlichen Geltendmachung" ist weit auszudehnen. Er umfaßt außer der eigentlichen Klage auf Leistung oder auf Feststellung auch die Geltendmachung durch Einrede, durch Aufrechnung im Prozeß und durch Widerklage,[3]) die Geltendmachung im Mahnverfahren, im Aufgebotsverfahren, in der Zwangsvollstreckung.[4])

Wenn es sich um ein vom T.-V. verwaltetes Recht handelt, ist er allein auch für die negative Feststellungsklage passiv legitimiert.[5])

Hat der T.-V. die Klage erhoben, so kann der Beklagte seinerseits der Klage mittels Widerklage und Aufrechnungserklärung begegnen.[6]) Bei der Erhebung der Widerklage wird der Beklagte allerdings an die Schranke des § 2213

---

[1]) Protokolle Bd. V S. 289 unter A.

[2]) Vgl. Planck Bd. V S. 409 Bem. 1 zu § 2212; Frommhold S. 203 Bem. 3 zu § 2212; Böhm im Recht 1900 S. 270 Spalte I unter A; Motive Bd. V S. 235.

[3]) Planck Bd. V S. 409 Bem. 1 zu § 2212; Frommhold S. 202 Bem. 2 zu § 2212; Strohal Bd. I S. 287 Anm. 51; Dernburg Bd. V S. 395 unter V, 1; Peiser S. 235 Anm. 31; Herzfelder S. 505 I A, letzter Absatz; Brettner S. 223.

[4]) Bunsen S. 267 unter a.

[5]) Seuffert Bd. I S. 501 Bem. 2 zu § 327; Gaupp Bd. I Bem II a zu § 327 S. 787 ff.

[6]) Vgl. Planck Bd. V S. 409 Bem. 1 zu § 2212; Wilke S. 205 Bem. 1 zu § 2212; Arnold S. 62 oben; Dernburg Bd. V S. 230 unter 4 a; Böhm Erbrecht S. 191; Herzfelder S. 505 unter A. a. E.

BGB. gebunden sein.[1]) Die Folge ist, daß er eine Widerklage nicht erheben kann, wenn dem T.-V. die Verwaltung des Nachlasses als solchen nicht zusteht. Das Gleiche wird man auch von der Aufrechnung im Prozesse annehmen müssen, da auch hierin eine Geltendmachung im weiteren Sinne liegt.[2]) Dieses Ergebnis folgt notwendig aus § 2213 Abs. 1, Satz 2 BGB., erscheint aber insofern nicht billig, als der Beklagte das durch außerprozessuale Aufrechnung gegenüber dem Erben[3]) bewirkte Erlöschen der Forderung dem als Einzelverwalter klagenden T.-V. entgegenhalten kann, während er im Prozesse diesem gegenüber nicht aufrechnen darf. Näher kann auf diese Fragen, welche auf sehr bestrittene Gebiete führen, nicht eingegangen werden.

Dem Erben, der ein der Verwaltung des T.-V. unterliegendes Recht geltend macht, steht der Einwand der mangelnden Sachlegitimation entgegen.[4]) Widerspricht der Gegner nicht und ergeht das Urteil, so kann dieses dem T.-V. gegenüber nicht wirksam sein.[5])

Diese Erwägung führt zu der Frage, welche Wirkung das gegenüber dem T.-V. in Aktivprozessen für den Nachlaß ergangene Urteil gegenüber dem Erben hat. In der Kommission herrschte über die Regelung dieses Punktes lebhafter Streit.[6]) Hauptsächlich auf Grund der Erwägung, daß der T.-V., der außerhalb des Prozesses den Erben binden könne, innerhalb des Prozesses die gleiche Stellung haben müsse, entschied man sich für die Norm des § 327

[1]) So Planck, Herzfelder am eben genannten Orte.

[2]) Vgl. Herzfelder S. 505 unter I A. am Ende.

[3]) Nach Böhm Erbrecht S. 191 und Wilke S. 205 Bem. 1 zu § 2212 kann, wenn der T.-V. klagt, prozessual und außerprozessual nur dem T.-V. gegenüber aufgerechnet werden. Das soll doch wohl nur für die Fälle gelten, wo dem T.-V. die Verwaltung des Nachlasses zusteht?!?

[4]) Über Hauptintervention des T.-V. in diesem Falle vgl. Seite 33/34 dieser Arbeit.

[5]) Bunsen S. 267; Gaupp Bd. I Bem. 1 zu § 327 S. 787 f.; Petersen Bd. I. S. 664 Bem. 2a zu § 327.

[6]) Protokolle Bd. V S. 290, S. 537 unten.

Abs. 1 ZPO., wonach ein in Aktivprozessen dem T.-V. gegenüber ergangenes Urteil für und gegen den Erben wirkt.

Vom Standpunkt der Eigenrechtstheorie bedurfte es aber auch einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung.[1]) Daß man aus der Tatsache der ausdrücklichen Regelung noch keinen Schluß auf eine Legalisierung der Eigenrechtstheorie ziehen kann,[2]) ist schon betont worden.

Voraussetzung für die Wirkung des Urteils ist, daß der T.-V. zur Führung des Rechtsstreits berechtigt war. Unterlag das geltend gemachte Recht seiner Verwaltung nicht, so ist das trotzdem ergangene Urteil dem Erben gegenüber nicht wirksam.[3])

Die Konsequenz aus § 327 ZPO. für die Zwangsvollstreckung bildet der § 728 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Die Festsetzung, daß von einem dem T.-V. gegenüber ergangenen Urteil eine vollstreckbare Ausfertigung für und gegen den Erben zu erteilen ist, wurde getroffen, trotzdem in der Kommission geltend gemacht wurde, die ZPO. kenne die Erteilung einer besonderen Vollstreckungsklausel nur beim Eintritt einer Rechtsnachfolge, und der T.-V. benötige, da er fremde Rechte vertrete, überhaupt keiner Klausel für sich. Die Rücksicht auf die Unstimmigkeiten in der Literatur über die prozeßrechtliche Frage siegte jedoch.[4])

Für den Erben wird eine Vollstreckungsklausel jedoch erst nach Beendigung der Verwaltung des T.-V. erteilt;[5]) ein Eingriff in das Verwaltungsrecht des T.-V. soll vermieden werden.[6]) Gegen den Erben kann der vom T.-V. Beklagte, der nach Abweisung des Anspruchs die ihm erwachsenen Prozeßkosten eintreiben will, auch während der Verwaltung die Klausel erwirken — § 728 Abs. 2

---

[1]) Hierzu vgl. Materialien zur ZPO. Heymannsche Ausgabe S. 155 unten, S. 156 zu § 293 e.; ferner Peiser S. 234 unten.

[2]) Vgl. S. 12 oben dieser Arbeit.

[3]) Vgl. Böhm im Recht 1902 S. 270 Spalte II unten, Peiser S. 235 unter d, letzter Absatz.

[4]) Protokolle Bd. V S. 540, 541 unter B.

[5]) Arg. ex § 728 Abs. 2 ZPO.

[6]) Vgl. Planck Bd. V S. 410 Bem. 4 zu § 2212.

Satz 2 ZPO. — da der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet.

War der T.-V. zur Führung des betreffenden Rechtsstreits nicht berechtigt, so kann der Erbe gegen die aus dem abweisenden Urteil gegen ihn erteilte Klausel gemäß §§ 732, 768 ZPO. vorgehen. —

Bedeutend verzweigter erscheint die Regelung der Stellung des T.-V., soweit es sich um den Nachlaß betreffende Passivprozesse handelt. Es ist hier zunächst zu unterscheiden, ob der T.-V. die Vollverwaltung des Nachlasses hat, ob ihm nur die Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände zusteht, oder ob ihm eine Verwaltung überhaupt nicht zusteht.

Hat der T.-V. die Verwaltung des Nachlasses als solchen, so kann gemäß § 2213 BGB. ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, sowohl gegen den Erben als gegen den T.-V. geltend gemacht werden.[1]) Es besteht also für Nachlaßverbindlichkeiten eine Doppellegitimation, welche im Rahmen der Erbenvertretungstheorie zum mindesten befremden müßte.

Zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören einmal die vom Erblasser herrührenden Schulden, sodann die für den Testamentserben erwachsenden Nachlaßverbindlichkeiten im engsten Sinne (Vermächtnisse und Pflichtteile), endlich die Verbindlichkeiten aus Handlungen des T.-V., speziell die von ihm gemäß § 2206 BGB. in den Grenzen einer ordentlichen Vermögensverwaltung eingegangenen Verbindlichkeiten. Auch die letzteren sind Nachlaßverbindlichkeiten im gewöhnlichen Sinne, für die also der Erbe nach Verlust der Beschränkbarkeit der Haftung persönlich einstehen muß.[2])

[1]) Diese Regelung ist das Ergebnis einer lebhaften Debatte in der Kommission; vgl. Protokolle Bd. V S. 538, 291, 532.

[2]) Vgl. Planck S. 401 Bem. 3 zu § 2206, der irrigerweise Böhm (Erbrecht S. 187 Anm. 2) und Frommhold (S. 199 Bem. 2 zu §§ 2206, 2207) einer abweichenden Ansicht zeiht. Auch diese stehen auf dem Planckschen Standpunkt, wie alle anderen die Frage berührenden Schriftsteller des Literaturverzeichnisses. Auf eine allerdings nicht unbedenkliche Konsequenz aus dieser Auffassung weist Schultze S. 174 Anm. 20 a. E. hin.

Für alle Nachlaßverbindlichkeiten — und zwar für persönliche wie für dingliche[1]) Ansprüche ist der T.-V. passiv legitimiert —; dieser Satz ist nicht unbestritten geblieben. Endemann[2]) und ihm folgend Frommhold[3]) wollen die Verpflichtungsfähigkeit gemäß § 2206 BGB. und das Prozeßführungsrecht in Einklang gebracht wissen und erachten den T.-V. nur in dieser Beschränkung als passiv legitimiert. Planck[4]) meint mit Recht, es sei nicht klar, wie diese Beschränkung zu denken wäre. In der Tat lassen die Ausführungen Endemanns auf Seite 232 manche Deutung frei. Sein Gedankengang ist schließlich wohl folgender: Der T.-V. kann außerprozessual das Nachlaßsubjekt nur in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung verpflichten; zu mehr kann er auch im Prozesse nicht berechtigt sein. Er darf also Prozesse für das Nachlaßsubjekt nur soweit führen, als dies „zur Verwaltungsführung erforderlich ist". Liegt diese Voraussetzung nicht vor, so ist nicht der T.-V., sondern der Erbe passiv legitimiert, und der erstere lediglich auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu belangen.

Soll damit gesagt sein, — vgl. Frommhold S. 204 Bem. 3b zu § 2213, Z. 1—4 von unten — daß der T.-V. nur dann legitimiert ist, wenn die ordnungsmäßige Verwaltung die Verteidigung gegen den Anspruch rechtfertigt? Es liegt klar auf der Hand,[5]) daß das letztere Moment nie ein Maßstab für Gewährung oder Versagung der Sachlegitimation sein kann, zumal erst im Laufe des Prozesses feststeht, ob es einer ordnungsmäßigen Verwaltung entsprach, den Anspruch abzuwehren. Die Meinung Frommholds, daß § 748 Abs. 2 ZPO. nur eine spezielle Folgerung aus einem auch auf obige Fälle anzuwendenden Grundsatz

[1]) Strohal Bd. I S. 288 Anm. 53.
[2]) Bd. III S. 232.
[3]) S. 204 Bem. 3b zu § 2213.
[4]) Bd. V S. 411 Bem. 1a zu 2213.
[5]) Vgl. auch Planck S. 411, Bem. 1a, α zu § 2213.

sei,[1]) hat keine Stütze im Gesetz. Daß die Protokolle „daher" Belangung des Erben und des T.-V. empfehlen,[2]) trifft nicht zu.[3])

Meint Endemann aber, daß die Legitimation des T.-V. davon abhängig sei, ob die Eingehung der Verbindlichkeit, um die es sich handelt, einer ordnungsmäßigen Verwaltung entsprach, so ist diese Aufstellung nicht minder entschieden abzulehnen. Die Forderung einer nachträglichen Prüfung der vom Erblasser überkommenen Verpflichtungen in dieser Hinsicht wäre doch sinnlos. Verstieß aber die Eingehung durch den T.-V. selber gegen die Regeln einer ordentlichen Verwaltung, so entstand keinerlei Verpflichtung für den Nachlaß, und aus diesem Grunde, nicht aber wegen mangelnder Sachlegitimation des T.-V. wäre die Klage abzuweisen.

Das bereits oben formulierte Resultat, daß der den Nachlaß verwaltende T.-V. unbeschränkt für alle Nachlaßverbindlichkeiten legitimiert ist,[4]) erscheint keineswegs unerträglich, wie Endemann[5]) es bezeichnet. Schutz gewähren die Ersatzpflicht des unordentlich prozessierenden T.-V. und die Möglichkeit für den Erben, zu intervenieren und damit gemäß § 69 ZPO. Streitgenosse des T.-V. zu werden.[6])

Der T.-V. kann bereits vor Annahme der Erbschaft durch den Erben verklagt werden.[7]) Er hat aber gleich

[1]) Frommhold S. 204 Bem. 3b zu § 2213.

[2]) Frommhold ebenda am Ende.

[3]) Die angegebene Stelle (Bd. V S. 539) empfiehlt aus dem Grunde eine doppelte Belangung, weil das Verwaltungsrecht des T.-V. in Frage stehen könne.

[4]) Gegen Endemann-Frommhold auch Böhm im Recht 1900 S. 272 unter 2). Strohal Bd. I S. 288 Anm. 54; Dernburg Bd. V S. 395 Anm 21; Förster S. 161 oben; Herzfelder S. 505 unter B Abs. 2.

[5]) Bd. III S. 232 Anm. 28.

[6]) Vgl. Planck Bd. V S. 411 Bem. 1a α und vorletzter Absatz a. E.; Böhm im Recht 1900 S. 272 unter 2 a. E.; Förster S. 161.

[7]) § 2213 Abs. 2 BGB.

dem Erben die aufschiebenden Einreden aus §§ 2014, 2015 BGB.[1])

Im übrigen kann er in dem gegen ihn gerichteten Rechtsstreit ebenfalls die Einreden geltend machen, die dem Nachlaßsubjekt als solchem zustehen, auch mit Nachlaßforderungen aufrechnen. Einreden, die der Person des Erben zustehen, hat er nicht, persönliche Forderungen des Erben kann er nicht aufrechnen.[2]) Der Letztere kann aber durch Beitritt als Nebenintervenient Streitgenosse gemäß § 69 ZPO. werden und als solcher persönliche Einreden geltend machen, persönliche Forderungen aufrechnen.

Hat der Erbe die Erbschaft angenommen, so kann der Gläubiger seine Klage auch gegen den Erben richten, der Subjekt des Nachlasses und damit der eigentliche Schuldner der Nachlaßverbindlichkeiten ist. In diesem Rechtsstreit kann aber der Erbe die vom T.-V. verwalteten Nachlaßrechte nicht zur Verteidigung gegen den erhobenen Anspruch benutzen, wenn nicht der T.-V., dessen Verfügungsrecht nicht geschmälert werden darf, seine Einwilligung erteilt.[3]) Diese Einwilligung wird aber in der Regel dem Prinzipe der ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses entsprechen[4]) und seitens des Erben im Wege der Klage erzwingbar sein. Der T.-V. kann diese Rechte auch selbständig zur Geltung bringen, indem er interveniert. Entgegen der herrschenden Meinung muß er in solchem Falle, da die Verneinung des Anspruchs für den T.-V. wirken würde, als Streitgenosse gemäß § 69 ZPO. gelten[5]) und selbständig vorgehen können.

---

[1]) Herzfelder S. 469 unter h unten; Borcherdt S. 450 Abs. 2; Planck Bd. V S. 385 Bem. 5 f vor § 2197; Cosack Bd. II S. 777 unter 2; Protokolle Bd. V S. 830.

[2]) Vgl. Borcherdt S. 450.

[3]) Vgl. Strohal Bd. I S. 288 Anm. 55; Herzfelder S. 505 letzter Absatz vor B a. Ende, Wilke S. 205—206 Bem. 1 und 3 zu § 2213; Planck Bd. V S. 412 Bem. 1 a β zu § 2213.

[4]) § 2216 BGB.

[5]) Hierüber vgl. S. 33 dieser Arbeit und die näheren Erörterungen auf S. 50/51 dieser Arbeit.

Der Gläubiger kann auch T.-V. und Erben zugleich entweder gemeinsam oder in getrennten Prozessen belangen. Eine doppelte Belangung ist wegen der möglichen Zweifel, ob dem T.-V. das Verwaltungsrecht zusteht, sogar durchaus zu empfehlen.[1])

Belangt der Gläubiger nur den T.-V., so wird der Antrag der Klage gegen diesen auf Leistung — nicht auf Duldung — schon darum lauten müssen, weil der Gläubiger nur auf Grund eines solchen Urteils mittels Erteilung der Klausel gegen den Erben (§ 728 Abs. 2 ZPO.) in das Privatvermögen desselben vollstrecken kann.

Belangt der Gläubiger aber T.-V. und Erben, so kann der Antrag gegen beide auf Leistung, aber auch gegen den Erben auf Leistung und gegen den T.-V. auf Duldung gehen.[2]) Mit Unrecht meint Marcus,[3]) daß gegen den Erben nur auf Feststellung und Anerkennung des Anspruchs geklagt werden könne, da das Verfügungsrecht des Erben suspendiert sei. Diese Suspension äußert ihre Wirkung erst in der Zwangsvollstreckung und nur dann, wenn der Gläubiger sich an den Nachlaß halten will. —

Das über den gegen den T.-V. klagweise gerichteten Anspruch ergehende Urteil wirkt für und gegen den Erben, wenn der T.-V. die Verwaltung des Nachlasses hatte, also passiv legitimiert war.[4]) Der Erbe hat die exceptio rei icedicatae, wenn der im Rechtsstreit mit dem T.-V. abgewiesene Gläubiger nunmehr ihn belangt. Andererseits stellt die Verurteilung des T.-V. die Verbindlichkeit endgültig als Nachlaßverbindlichkeit fest. Dieselben Wirkungen müssen dem gerichtlichen Vergleich zukommen.[5])

---

[1]) Vgl. Protokolle Bd. V S. 539 oben.

[2]) Vgl. Seite 54 f. dieser Arbeit.

[3]) Marcus S. 76 Z. 17 ff.; gegen Marcus Wilke S. 206 Bem. 2 Abs. 2 zu § 2213.

[4]) § 327 Abs. 2 ZPO.

[5]) Böhm im Recht 1900 S. 272 Spalte II unter 3 a. E.

Wie steht es aber mit der Wirkung des gegenüber dem Erben ergangenen Urteils? Das Gesetz gibt darüber keine ausdrückliche Bestimmung. Schon der Gegensatz dieses Schweigens zu der ausdrücklichen Norm des § 327 Abs. 2 ZPO. weist bestimmt darauf hin, daß das gegen den Erben ergehende Urteil nicht gegen den T.-V. wirken soll. Das bestätigt sich aus sachlichen Gründen. Durch eine Erstreckung der Wirksamkeit würde das Verwaltungsrecht des T.-V. lahm gelegt. Neben der Norm des § 748 Abs. 1 ZPO. ist der Gedanke einer Wirkung des gegen den Erben ergangenen Urteils gegenüber dem T.-V. nicht möglich. Literatur und Praxis schließen diese Wirkung denn auch einstimmig aus.[1])

Dagegen soll nach der in der Kommission geäußerten Ansicht[2]) der T.-V. sich auf das zu Gunsten des Erben als Beklagten ergangene Urteil berufen können, weil der Gläubiger nach rechtskräftiger Feststellung, daß eine Verbindlichkeit des Nachlaßsubjektes, des Erben, nicht bestehe, nicht von dem T.-V. von neuem aus dem Nachlaß, also dem Erbenvermögen die Leistung verlangen könne. Eine besondere Vorschrift hielt man für unnötig. Dieser Gedanke ist von dem größten Teile der Literatur mit Recht gebilligt worden.[3]) Er ist eine Folge der Tatsache, daß der T.-V. über materiell fremde Rechte prozessiert. Man sollte nun aber nicht außer Acht lassen, daß man damit feststellt, daß das in Passivprozessen für den Erben ergehende Urteil eben für den T.-V. wirkt und die Konsequenzen ziehen, vor Allem

[1]) So Planck Bd. V S. 412 Bem. 1 a β zu § 2213, Strohal Bd. I S. 289 oben; Dernburg Bd. V S. 395 unter V, 3 unten; Förster S. 161 unten; Borcherdt S. 450 unten; Sturm S. 79 unten; Bunsen S. 269; Gaupp Bd. I S. 787 f. Bem. I zu § 327 a. E.; Petersen S. 664 Bem. 2 b zu § 327; R. G. Entsch. in Zivils. Bd. 56 S. 329/330: Auch ein Schiedsspruch gegenüber dem Erben soll gegenüber dem T.-V. nicht wirksam sein.

[2]) Protokolle Bd. V S. 539 unter XII.

[3]) So Planck, Dernburg, Borcherdt, Gaupp, Petersen am in Anm. 1 genanntem Orte; ferner Strohal Bd. I S. 289 Anm. 59; Böhm im Recht 1900 S. 272 unter 5; Herzfelder S. 507 oben; A. M. aber Bunsen S. 269.

dem intervenierenden T.-V. gemäß § 69 ZPO. die Stellung eines Streitgenossen zubilligen.[1]) —

Die aus der Doppellegitimation entstehenden Schwierigkeiten treten bei der Frage der Zwangsvollstreckung hervor.

Aus dem gegen den T.-V. ergangenen Urteil kann der Gläubiger gemäß § 748 Abs. 1 ZPO. in den verwalteten Nachlaß vollstrecken. Daneben aber ist dem Gläubiger in Konsequenz aus § 327 Abs. 2 ZPO. durch § 728 Abs. 2 ZPO. die Möglichkeit gegeben, auf Grund einer gegen den Erben erteilten vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils auch gegen diesen vorzugehen. Die Erwirkung dieser Erteilung hat für den Gläubiger Zweck nur dann, wenn er in das Privatvermögen des Erben vollstrecken will. Da es sich um Nachlaßverbindlichkeiten handelt, kann der Erbe indeß seine Haftung auf den Nachlaß beschränken Ergreift er die dazu erforderlichen Maßregeln aber nicht, oder hat er das Recht der Beschränkung bereits verloren, so steht — das ist besonders zu betonen — dem Gläubiger der Zugriff in das Erbenvermögen frei.

Eine andere Meinung vertreten in dieser Hinsicht offenbar Endemann,[2]) Frommhold[3]) und andere,[4]) wenn sie den Satz aufstellen, daß sich die Wirkung des Urteils unter allen Umständen auf den Nachlaß beschränke. Die §§ 728 Abs. 2, 327 Abs. 2 ZPD. lassen sich aber nicht anders deuten, als daß auch eine Vollstreckung in das Privatvermögen auf die geschilderte Weise möglich sein soll. Durch das Urteil gegenüber dem T.-V. wird die

[1]) Das Gegenteil betonen u. a. Strohal Bd. I S. 289 Anm. 58; Planck Bd. V S. 408 Bem. 3 zu §§ 2212—2214; Wilke S. 206 Bem. 1 zu § 2213.

[2]) Bd. III S. 233 unter 3.

[3]) S. 205 Bem. 4 zu § 2213.

[4]) Sturm S. 81 Zeile 9 und 10 von oben; auch wohl Petersen Bd. II S. 350 Bem. I zu § 748; dagegen wohl nicht Hellwig (vgl. allerdings S. 250 Zeile 5 u. 6 von oben, andrerseits aber S. 258 vor III); zweifelhaft Gaupp (Bd. II S. 455 Bem. I a zu § 748, S. 515 Bem. III c zu § 780 scheinen für Endemann zu sprechen; dagegen aber S. 423 Bem. II Abs. 2 zu § 728).

Nachlaßverbindlichkeit als solche mit Wirkung gegenüber dem Erben festgestellt. Mag man nun auf dem Standpunkt der prinzipiell beschränkten oder der prinzipiell unbeschränkten Erbenhaftung stehen, jedenfalls steht fest, daß bei Eintritt gewisser Voraussetzungen der Erbe für Nachlaßverbindlichkeiten dauernd persönlich haftet. Nach der Ansicht Endemanns wäre zur Inanspruchnahme dieser unbeschränkten Haftung unbedingt ein besonderer Titel gegen den Erben erforderlich. Dann wäre aber die Bestimmung des § 728 Abs. 2 ZPO. sinn- und zwecklos. Denn gegen den Nachlaß kann ja schon gemäß § 748 Abs. 1 ZPO. auf Grund der Klausel gegen den T.-V. vollstreckt werden. Man hat auf der Gegenseite den § 780 Abs. 2 ZPO. herangezogen und hat gemeint, darum eben brauche das Urteil gegen den T.-V. den Vorbehalt der beschränkten Haftung nicht zu enthalten, weil auf Grund dieses Urteils niemals gegen das persönliche Vermögen vollstreckt werden könne, die Haftung aus diesem Titel also von vorneherein beschränkt sei.[1]) Der Grund für die Bestimmung des § 780 Abs. 2 ZPO. ist aber ein anderer. Gemäß § 780 Abs. 1 ZPO. haftet der Erbe für die Verbindlichkeit unbeschränkt, wenn der Vorbehalt der Beschränkung im Urteil versäumt ist. Über die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung soll aber der T.-V., wie sie überhaupt Sache des Erben ist, auch im Prozesse nicht disponieren können;[2]) so soll dem Erben erhalten bleiben. Haftet der Erbe aber dauernd unbeschränkt, so steht aus dem Urteil gegen den T.-V. nach Erteilung der Klausel gegen den Erben auch der Zugriff in das Erbenvermögen offen.[3]) Der Erbe kann

[1]) Vgl. Endemann, Frommhold am eben angegebenen Orte.

[2]) So auch Seuffert Bd. I S. 415 Bem. 3 b zu § 780.

[3]) Gegen Endemann pp. auch Strohal Bd. I S. 288/289, Anm. 57, 57 a; Planck Bd. V S. 411 Bem. 1 a α zu § 2213 a. E.; Förster S. 161; Böhm im Recht 1900 Seite 272 Spalte II unter 3; Köhne-Feist S. 184, letzter Absatz vor Ziffer 4; auch Peiser S. 237 unter 5 Abs. 3 (widersprechend aber S. 236 Anm. 32 Abs. 1 Satz 2); zweifelhaft Böhm Erbrecht S. 192 Z. 17, 18 von oben (aber wieder Zeile 24—28) und Herzfelder S. 506 unter 5 Abs. 2, S. 505 unter B. Abs. 1, Zeile 8—13.

den Gläubiger nicht auf den Nachlaß verweisen; er muß — wenigstens vorerst — aus eigenen Mitteln zahlen.[1])

Die Erteilung der Klausel gegen den Erben kann auch während der Verwaltung des T.-V. erfolgen — § 728 Abs. 2 Satz 2 ZPO.[2])

Wird die Klage gegen den T.-V. abgewiesen, so kann der Erbe auf Grund einer ihm erteilten Vollstreckungsklausel Ersatz der Kosten betreiben — aber erst nach Beendung der Verwaltungstätigkeit des T.-V.[3])

Hieraus folgt, daß der urkundliche Nachweis — § 727 ZPO. — bei Erteilung der Klausel gegen den Erben nur die Erbenstellung zu betreffen braucht, während er bei einer Erteilung für den Erben auch die Beendung der Verwaltung belegen muß.

Wird aus einem gegen den T.-V. ergangenen Urteile gemäß § 728 Abs. 2 ZPO. gegen den Erben vollstreckt, so kann dieser persönliche Einwendungen — Erlaß, Stundung, Aufrechnung pp. — im Wege des § 767 Abs. 1 ZPO. geltend machen.[4]) Er kann solche Einwendungen auch dann geltend machen, wenn sie vor dem nach § 767 Abs. 2 ZPO. maßgebenden Zeitpunkt entstanden sind, da der Erbe nicht Partei im Prozesse war und eine Geltendmachung durch Beitritt als Nebenintervenient nicht von ihm gefordert werden kann. —

Aus dem Urteile gegenüber dem Erben kann der Gläubiger während der Dauer der Verwaltung in den Nachlaß nicht vollstrecken. Dieser aus § 748 Abs. 1 ZPO. folgende Satz rechtfertigt sich durch die Rücksicht auf das Verwaltungsrecht des T.-V. Es ist also neben dem Urteil gegen den Erben zur Vollstreckung in den Nachlaß ein Urteil gegen den T.-V. erforderlich.

---

[1]) Vgl. auch Protokolle Bd. V S. 538 E Abs. 5.

[2]) Vgl. Protokolle Bd. V S. 540 B; Materialien zur Novelle zur ZPO. (Heymann) S. 208 unten.

[3]) Arg. ex § 728 Abs. 2 S. 2 ZPO.

[4]) Vgl. Hellwig S. 258 vor III; A. M. Borcherdt S. 450 Z. 16—19.

Über diese ergänzende Klage gegen den T.-V. gehen die Ansichten stark auseinander. Streitig ist vor Allem, wie der Antrag der Klage zu lauten habe. Man hat gemeint, daß der neben dem Erben beklagte T.-V. nur auf Duldung, nicht auf Leistung zu belangen sei.[1]) Dagegen spricht, daß der T.-V. als Verwalter doch selbständig für die Leistungsklage legitimiert ist, und nicht abzusehen ist, warum infolgedessen der Antrag nicht auf Leistung lauten soll, wenn auch nach der Art des Vorgehens und dem vom Gläubiger verfolgtem Zwecke die Klage gegen den T.-V. im konkreten Falle nur ergänzende Bedeutung haben soll. Aber der Streit geht hier im Grunde überhaupt um nichts. Da der Beklagte der T.-V. ist, der als solcher auch auf die Leistungsklage nur beschränkt, mit dem Nachlaß, haftet, sind beide Klagen aus dem Namen nach verschieden.[2]) Der Antrag wird auf Leistung wie auf Duldung lauten können.

Man hat ferner die Frage aufgeworfen, ob in dem Rechtsstreit gegen den verwaltenden T.-V., den der Gläubiger zur Ergänzung seines Titels gegen den Erben verklagt, eine selbständige Prüfung des Anspruchs stattfindet, und ob der T.-V. auch materielle Einwendungen gegen den Anspruch hat. Die Frage kehrt bei der Belangung des nur mit Einzelverwaltung ausgestatteten T.-V. und bei der Klage wegen Pflichtteilsansprüche wieder. Die Sachlage ist aber insofern hier wiederum eine besondere, weil der verwaltende T.-V. von vorneherein selbständig für den Anspruch legitimiert ist. Ob daher Herzfelder[3]) im Sinne Brettners handelt, wenn er dessen nur für Pflichtteilsansprüche geäußerte Ansicht,[4]) bei der Klage gegen den

[1]) So Herzfelder S. 506 unter 3 Abs. 2; das Kammergericht in Rechtspr. des OLGer., Bd. III S. 12 f.

[2]) Vgl. Hellwig S. 221 Anm. 6 und § 44; Gaupp Bd. II Bem. I a zu § 748 S. 455; Seuffert Bd. II S. 357 Bem. 1 b zu § 748; Petersen Bd. II S. 350 Bem. 1 zu § 748.

[3]) S. 506 Bem. 3 Abs. 2.

[4]) Brettner im Archiv S. 226 Zeile 6 ff., im Recht 1900 S. 321 unter d.

T.-V. auf Duldung sei nur die Zwangsvollstreckungsfrage in lite, auch auf Fälle der vorliegenden Art bezieht, ist zweifelhaft. Im übrigen vertritt jedenfalls die Litteratur mit Recht den Standpunkt, daß gegenüber dem T.-V. eine selbständige Prüfung des Anspruchs stattfinden und der T.-V. alle Einwendungen haben muß.[1]) Wir werden sehen, daß dieser Satz für die Klage aus § 2213 Abs. 3 BGB. überhaupt zutrifft. Hier, wo der T.-V. von vorneherein selbständig legitimiert ist, unterliegt diese Ansicht erst recht keinem Zweifel.

Pfändet ein Nachlaßgläubiger, der nur einen Titel gegen den Erben hat, in den verwalteten Nachlaß, so muß dem T.-V. wie dem Erben der Rechtsbehelf aus § 766 ZPO. zustehen; der T.-V. hat aber auch auf Grund seines Verwaltungsrechtes die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO.

Die gleichen Rechtsbehelfe stehen dem T.-V. und dem Erben zu, wenn ein Privatgläubiger des Erben in den verwalteten Nachlaß vollstrecken will, da diese Vollstreckung gemäß §§ 2214 BGB., 748 Abs. 1 ZPO. unzulässig ist.[2]) Der verwaltete Nachlaß ist dem Zugriff der Privatgläubiger völlig entzogen. —

Aus der Gestaltung der Zwangsvollstreckung folgt, daß sich der Gläubiger für den Regelfall damit begnügen kann, den T.-V. zu verklagen, da er dadurch Zugriff in beide Vermögensmassen erhält; nur wenn Zweifel hinsichtlich des Verwaltungsrechts des T.-V. bestehen oder die Vermögenslage des Erben rascheste Erlangung eines Titels gegen sein Privatvermögen fordert, ist es opportun, auch den Erben zu belangen. Dann ist aber auch gemeinschaftliche Verklagung ratsam, da bei getrennten Prozessen durch widersprechende Entscheidungen unlösbare Komplikationen entstehen können.[3]) Man setze den Fall, daß

[1]) So Strohal Bd. I S. 289 letzter Satz des Textes; Herzfelder S. 506 Bem. 3 Abs. 2.

[2]) Vgl. Protokolle Bd. V S. 298 unter B, 297, 542.

[3]) Auf die Möglichkeit derartiger Komplikationen weisen schon die Protokolle Bd. V S. 292 hin.

der T.-V. verurteilt, die Klage gegen den Erben abgewiesen ist. Dann stehen sich ein auch gegen den Erben wirkendes und mittels Erteilung der Klausel gegen ihn vollstreckbares Urteil und ein abweisendes und daher[1]) auch für den T.-V. wirkendes Urteil gegenüber. Oder: der Erbe wird verurteilt, die Klage gegen den T.-V. wird abgewiesen. Die Abweisung wirkt auch für den Erben; dem steht das den Erben verurteilende und in sein Privatvermögen vollstreckbare Urteil gegenüber. Hier zeigen sich die bedenklichen Folgen der Doppellegitimation. —

Hat der T.-V. nicht die Verwaltung des Nachlasses als solchen, sondern sind nur einzelne Nachlaßgegenstände seiner Verwaltung unterstellt, so ist die Geltendmachung nur gegen den Erben zulässig (§ 2213 Abs. 1 Satz 2 BGB.) Die Klage muß gegen den Erben gerichtet werden.

Das den Anspruch bestätigende Urteil gegenüber dem Erben wirkt nicht gegen den T.-V.[2]) Das den Anspruch verneinende Urteil muß auch für den T.-V. wirken,[3]) da es feststellt, daß der Erbe nichts schuldet.

Auf Grund des gegen den Erben ergangenen Urteils kann der Gläubiger vollstrecken in das Privatvermögen des Erben — soweit nicht dieser die Beschränkung seiner Haftung auf Grund eines Vorbehalts im Urteil geltend macht (§§ 780 Abs. 1, 781, 785 ZPO.) — und in die Nachlaßgegenstände, soweit sie der Verwaltung des T.-V. nicht unterstehen. Zur Vollstreckung in die verwalteten Gegenstände bedarf es gemäß §§ 748 Abs. 2 ZPO., 2213 Abs. 3 BGB. eines Titels auf Duldung gegen den T.-V., der mittels einer gleichzeitig oder später zu betreibenden Klage erlangt wird; die Klage gegen den T.-V. kann mit

[1]) Vgl. Seite 50/51 dieser Arbeit.

[2]) So Gaupp Bd. I S. 788, Bem. I zu § 327; A. M. Gaupp Aufl. 1904 S. 756 Bem. I zu § 327 Zeile 17 f.; Petersen Bd. I S. 664 Bem. 2 b zu § 327.

[3]) So Gaupp und Petersen am in Anm. 2 angegebenen Orte.

der Klage gegen den Erben verbunden werden.[1]) Streng zu betonen ist aber, daß hier der Titel gegen den T.-V. allein niemals genügt; es bedarf stets einer Verurteilung des Erben, der Titel gegen den T.-V. allein ist wertlos. Das muß unbedingt auch für alle dinglichen Ansprüche gelten. Böhm[2]) will bei einer Klage auf Befriedigung aus einem der Verwaltung des T.-V. unterstehenden Grundstück eine Verurteilung des T.-V. zur Duldung der Zwangsvollstreckung genügen lassen, um in das Grundstück zu vollstrecken, da eine Leistungspflicht des Erben in solchem Falle nicht bestände. Diese Begründung trifft schon in sich nicht zu. Die Verpflichtung des Eigentümers zur Duldung der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück ist eine Leistungsverpflichtung, allerdings eine beschränkte Leistungsverpflichtung besonderer Art. Es liegt kein Grund im Gesetze vor, hier von dem Erfordernis eines Titels gegen den Erben abzusehen.[3])

Die Forderung einer Duldungsklage gegen den T.-V. und eines solchen Titels als Voraussetzung der Zwangsvollstreckung in die verwalteten Gegenstände rechtfertigt sich wieder durch die notwendige Rücksicht auf das Verwaltungsrecht des T.-V. Dieser Grund muß aber auch dazu führen, für den Rechtsstreit gegen den T.-V., trotzdem der Letztere nicht eigentlich selbständig, sondern nur neben dem Erben zur Ergänzung des Titels belangt wird, eine selbständige Prüfung des Anspruchs zu fordern und dem T.-V. alle Einwendungen zuzugestehen.[4])

---

[1]) Vgl. Planck Bd. V S. 412 Bem. 1 b zu § 2213; Seuffert Bd. II S. 357 Bem. 2 b zu § 748.

[2]) Im Recht 1900 S. 272 Spalte I unter I a. E.

[3]) Gegen Böhm auch Planck Bd. V S. 412 Bem. 1 b zu § 2213.

[4]) Herzfelder S. 506 Bem. 3 und 4; Planck Bd. V S. 412 Bem. 1 b zu § 2213; Böhm im Recht 1900 S. 272 unter 5. A. M. Brettner im Archiv Bd. 17 S. 226, im Recht 1900 S. 321 Spalte II unter d. Die Ausführungen Brettners beziehen sich zwar auf den Pflichtteilsanspruch, dürfen aber hierher wohl bezogen werden. Vgl. dazu Seite 54/55 dieser Arbeit.

Die gegenteilige Meinung[1]) betont das „nur" im Abs. 1 Satz 2 des § 2213 BGB. Mit diesem Wort soll aber wohl nur im Gegensatz zu dem Satz 1 hervorgehoben werden, daß der T.-V. hier nicht unabhängig für die Hauptklage legitimiert ist.

Pfändet der Gläubiger auf Grund des Urteils gegen den Erben ohne Titel gegen den T.-V. in die verwalteten Nachlaßgegenstände, so hat wieder sowohl der Erbe, wie der T.-V. den Rechtsbehelf aus § 766, der T.-V. auch die Klage aus § 771 ZPO. Gaupp[2]) will hier dem Erben den Rechtsbehelf aus § 766 ZPO. versagen — m. E. mit Unrecht. Es liegt doch eine Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift über die Zwangsvollstreckung (§ 748 Abs. 2 ZPO.) vor, welche den Erben, den Schuldner trifft. —

Steht dem T.-V. die Verwaltung auch einzelner Nachlaßgegenstände nicht zu, so kann aus dem Urteil gegen den in diesem Falle allein legitimierten Erben ohne Rücksicht auf den T.-V. in Nachlaß und Erbenvermögen vollstreckt werden. — Arg. ex § 2213 Satz 2 BGB., § 748 ZPO. —

Eine völlige Sonderstellung nehmen die Pflichtteilsansprüche ein. Auch wenn dem T.-V. die Vollverwaltung zusteht, können sie nur gegen den Erben geltend gemacht werden (§ 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB.)

Diese Sonderstellung erklärt sich durch die Sonderart der Pflichtteilsansprüche. Obwohl vom BGB. als reine Geldansprüche gegen den Nachlaß formuliert, bedeuten sie doch im tieferen Sinne Geltendmachung des durch testamentarische Bestimmung verletzten gesetzlichen Erbrechts.[3])

---

[1]) Vgl. Brettner am eben angegebenen Orte.

[2]) Bd. II S. 455 Bem. I b zu § 748 in Verbdg. mit S. 442 Bem. IV zu § 739.

[3]) Vgl. hierzu Protokolle Bd. V S. 299 300; Bunsen S. 269; Planck Bd. V S. 412 Bem. 2 zu § 2213; Herzfelder S. 471 Bem. I. A. 1 l zu §§ 2197—2201.

Da aber die Feststellung des Erbrechts lediglich Sache des Erben ist,[1]) schaltet das Gesetz für die Entscheidung dieser Frage den T.-V. aus.

Diese allgemeine Aufstellung erfordert jedoch bestimmte Einschränkungen. Zunächst muß in einem Falle die Frage des Pflichtteilrechtes allein mit dem T.-V. ausgetragen werden, dann nämlich, wenn der als Erbe berufene Pflichtteilsberechtigte gerade durch die Ernennung des T.-V. beschränkt ist, und diese Beschränkung gemäß § 2306 BGB. als nicht angeordnet gelten soll.[2]) Hier geht der Streit um Sein oder Nichtsein des T.-V., und diese Frage kann nur in einem Prozeß mit dem T.-V. entschieden werden.

Ferner darf das Pflichtteilsrecht in einem Prozesse des T.-V. als Inzidentpunkt zur rechtlichen Erörterung kommen.[3]) Die Entscheidung über den Inzidentpunkt wirkt aber gemäß § 322, 325 ZPO. nicht für und gegen den Erben.[4])

In gewissem Sinne mag man endlich eine Beschränkung der alleinigen Legitimation des Erben darin sehen, daß auch hier zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß, soweit er der Verwaltung des T.-V. unterliegt, nicht das Urteil gegen den Erben genügt, sondern ein Titel auf Duldung gegen den T.-V. erforderlich ist.[5])

Das hat zu der Meinung geführt, daß dem Erben gegenüber es sich lediglich um die Frage des Bestandes des Pflichtteilsrechtes handeln, daher der Antrag und das Urteil gegen ihn nur auf Anerkennung in dieser Beziehung zu lauten habe, während der eigentliche Leistungsanspruch

[1]) Vgl. Seite 66 ff. dieser Arbeit.

[2]) Diese Ausnahme konstatieren auch Frommhold S. 204 Bem. 2 zu § 2213; Planck Bd. V S. 413 Bem. 2 zu § 2213; Marcus S. 75; Herzfelder S. 506 unter 4. A. M. anscheinend Wilke S. 206 Bem. 5 zu § 2213.

[3]) In einem Prozesse auf Auskunftserteilung gemäß § 2314 BGB. kann das nicht geschehen; denn dieser Anspruch geht als Ausfluß des Pflichtteilsrechtes allein gegen den Erben. Vgl. R. G. Entsch. in Zivils. Bd. 50 S. 225.

[4]) Vgl. Protokolle Bd. V S. 300.

[5]) § 748 Abs. 3 ZPO.

gegen den T.-V. ginge und hier im Antrage Leistung oder Duldung zu fordern sei.[1])

Es ist nicht ersichtlich, warum gegen den Erben nur auf Feststellung geklagt werden soll. Die Gegenseite stützt sich wieder auf das Wörtchen „nur" im Abs. 1 Satz 3 des § 2213 BGB. und meint, daß im Hinblick auf § 748 Abs. 3 ZPO. die erstere Bestimmung damit zu erklären sei, daß sie lediglich einen Feststellungsstreit, nicht die Leistungspflicht im Auge habe. Die Sache liegt anders. Der § 748 Abs. 3 ZPO. behandelt die Frage der Zwangsvollstreckung und bedeutet nur die Konzession an das Verwaltungsrecht des T.-V.; infolge dieses Rechtes und zur Vermeidung von Kollusionen[2]) soll auch der T.-V. — auf Duldung — verklagt werden müssen, wenn man den gegen den Erben durchzufechtenden Leistungsanspruch aus dem Nachlasse befriedigen will. Der T.-V. ist nicht selbständig für den Pflichtteilsanspruch legitimiert, ein nur gegen ihn lautender Titel ist wertlos — das ist auch hier die Rechtfertigung des „nur" im § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB.[3])

Hieraus darf man nun nicht den Schluß ziehen, daß die Klage gegen den T.-V. eine reine Judikatsklage sei.[4]) Der Anspruch wird selbständig geprüft und der T.-V. hat alle materiellen Einwendungen.[5]) Das ist auf Seite 57/58

---

[1]) So Böhm Erbrecht S. 193 unter II, a (angedeutet auch bei Böhm im Recht 1900 S. 273 unter V, 1); Marcus S. 75. (Die Begründung, die Marcus auf Seite 291 der Protokolle gibt, beruht auf falscher Auffassung der Protokolle.

[2]) Vgl. Protokolle Bd. V S. 301 oben.

[3]) Gegen Marcus und Böhm ausdrücklich auch Planck Bd. V S. 413 Bem. 2 zu § 2213.

[4]) Brettner im Archiv Bd. 17 S. 226, im Recht 1900 S. 321 Spalte II unter d.

[5]) So speziell für Pflichtteilsansprüche Strohal Bd. I S. 289 Anm. 62; Endemann Bd. III S. 234/235 unter a. a. E.; Planck Bd. V S. 413 Bem. 2 in Verbdg. mit S. 412 Bem. 1 b zu § 2213; Böhm im Recht 1900 S. 273 Spalte II unter 1); Arnold S. 66; Bunsen S. 270. Die von Brettner im Recht (s. Anm. 3) zitierten Motive zur Novelle zur ZPO. — S. 218 der Heymannschen Ausgabe — sind mit unserer Auffassung vereinbar.

der Arbeit für rechtlich gleichliegende Verhältnisse schon begründet worden.

Auf die dortigen Ausführungen wird auch hinsichtlich der Rechtsbehelfe gegen Verstöße bei der Zwangsvollstreckung verwiesen. —

Zu erörtern ist noch, wie die Rechtslage sich gestaltet, wenn der Erblasser vor völliger Beendigung eines für oder gegen ihn anhängigen Rechtsstreits bezw. der ihm folgenden Zwangsvollstreckung stirbt und ein zur Führung des Rechtsstreits berechtigter T.-V. vorhanden ist.

Man hat hier zwei Stadien des Verfahrens zu unterscheiden.

Lag beim Tode des Erblassers bereits ein rechtskräftiges und vollstreckbares Urteil für den Erblasser vor, so kann während der Dauer der Verwaltung des T.-V. eine vollstreckbare Ausfertigung für den Erben als Rechtsnachfolger gemäß § 727 ZPO. während der Verwaltung des T.-V. nicht erteilt werden, da sonst das Verwaltungsrecht illusorisch gemacht würde.[1]) Dagegen kann für den T.-V. gemäß § 749 ZPO. eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden. Gegen fälschliche Erteilung für den Erben während der Verwaltungstätigkeit des T.-V. oder für den T.-V., dem weder allgemein noch in concreto das Verwaltungsrecht zusteht, hat der Schuldner die in §§ 732, 768 ZPO. bezeichneten Rechtsbehelfe. Unter einander haben T.-V. und Erbe gegen die Erteilung der Klausel keine Einwendungen; ausdrücklich ist zu betonen, daß hier auch eine Anrufung des Gerichtes und eine Beschwerde gemäß §§ 576, 567 ZPO. nicht gegeben ist,[2]) da die

[1]) Vgl. Brettner im Archiv Bd. 17 S. 227 Z. 4 ff.; Gaupp Bd. II S. 456 Bem. II zu § 749; Seuffert Bd. II S. 358 Bem. 2 zu § 749; Petersen Bd. II S. 352 Bem. 4 zu § 749.

[2]) So — im Sinne des Textes — Seuffert Bd. II S. 358/359 Bem. II zu § 749 a. E., vgl. auch S. 112/113 Bem. 2 zu § 576; Petersen Bd. II S. 353 Bem. 4 zu § 749 a. E. A. M. Gaupp Bd. II S. 457 Bem. II zu § 749 a. E. i. Verbdg. mit S. 422 Bem. VI zu § 727 letzter Absatz.

erforderlichen Voraussetzungen des § 567 Abs. 1 ZPO. nicht vorliegen. Der Vorschlag Gaupps,[1]) die Anrufung des Gerichtes gemäß § 576 ZPO. zu gestatten, diese dann als ein Gesuch im Sinne des § 567 ZPO. anzusehen und gegen die das Gesuch aus sachlichen Gründen abweisende Entscheidung des Gerichts die Beschwerde gemäß § 567 ZPO. ist selbst dann unhaltbar, wenn man die Anrufung des Gerichtes noch verstatten wollte. Aber schon die letztere ist nicht zu gewähren, da sie nur zulässig ist, wenn gegen die abzuändernde Entscheidung dem Inhalte gemäß die Beschwerde zulässig wäre.[2])

Liegt bei Beginn der Wirksamkeit des T.-V. ein rechtskräftiges Urteil gegen den Erblasser vor, so ist zu unterscheiden:

Hatte die Zwangsvollstreckung zur Zeit des Todes des Erblassers gegen diesen bereits begonnen, so wird sie gemäß § 779 ZPO. in den Nachlaß fortgesetzt, ohne daß es einer neuen vollstreckbaren Ausfertigung oder einer neuen Zustellung bedarf.[3]) Die im § 779 Abs. 2 Satz 1 ZPO. vorgesehene Bestellung eines besonderen Erbenvertreters unterbleibt, wenn die Verwaltung des Nachlasses einem T.-V. zusteht (§ 779 Abs. 2 Satz 2 ZPO.), da in solchem Falle kein Bedürfnis besteht. Aus dem gleichen Grunde hört eine solche schon angeordnete Vertretung auf, wenn ein verwaltender T.-V. in Funktion tritt.[4])

Hatte die Zwangsvollstreckung gegen den Erblasser noch nicht begonnen, so kann der Gläubiger gemäß § 727 ZPO. eine Ausfertigung gegen den Erben erwirken. Auf Grund dieser Klausel kann aber in den Nachlaß, soweit

---

[1]) Bd. II S. 457 Bem. II zu § 749 a. E. in Verbindung mit S. 422 Bem. VI zu § 727 letzter Absatz.

[2]) Vgl. Seuffert Bd. II S. 112/113 Bem. 2 zu § 576.

[3]) Für die Fortsetzung in das Erbenvermögen oder für die Erwirkung von Handlungen pp. gelten die gewöhnlichen Regeln (§§ 727, 749, 750 ZPO.)

[4]) Vgl. Seuffert Bd. II S. 411 Bem. 3 b zu § 749.

das Verwaltungsrecht des T.-V. besteht und aus Gründen dieses Verwaltungsrechtes nicht vollstreckt werden.[1]) Um den erforderlichen Titel gegen den T.-V. zu beschaffen, eine neue Klage aber zu sparen, erstattet das Gesetz im § 749 ZPO. die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den T.-V. Auf Grund dieser Ausfertigung kann aber wieder nur in den Nachlaß, soweit er der Verwaltung des T.-V. untersteht, vollstreckt werden.[2]) Für diese Vollstreckung genügt aber auch die Erteilung der Klausel gegen den T.-V. selbst dann, wenn er nur einzelne Nachlaßgegenstände verwaltet. Gaupp[3]) und Petersen,[4]) welche unter Hinweis auf § 748 Abs. 2 ZPO. für diesen Fall Erteilung der Klausel gegen Erben und T.-V. fordern, ist mit Seuffert[5]) entgegen zu halten, daß die in § 748 ZPO. geforderte Verurteilung des Erben durch die geschehene Verurteilung des Erblassers ersetzt wird.

Aus § 2213 Abs. 2 BGB. ist zu schließen, daß die Erteilung der Klausel gegen den T.-V. schon vor Annahme der Erbschaft erfolgen kann. Der T.-V. hat aber die Einreden des Erben aus §§ 2014, 2015 BGB.[6]) —

War der für oder gegen den Erblasser geführte Rechtsstreit bei dessen Tode noch anhängig, so tritt durch diesen Tod eine Unterbrechung ein. Für die Anfnahme seitens des Erben gelten die Vorschriften des § 239 ZPO.; daneben aber ordnet das Gesetz im § 243 ZPO. für den Fall, daß ein zur Führung des Rechtsstreits berechtigter T.-V. vorhanden ist, die Anwendung der Vorschriften des

[1]) Protokolle Bd. V S. 295: Böhm im Recht 1900 S. 269 unter II; Arnold S. 60; Gaupp Bd. II S. 456 Bem. I zu § 749; Seuffert Bd. II S. 359 Bem. 3 a zu § 749; Petersen Bd. II S. 352 Bem. 3 zu § 749;

[2]) § 749 Satz 2 ZPO.

[3]) Bd. II S. 456 Bem. 1 Abs. 2 zu § 749.

[4]) Bd. II S. 352 Bem. 3 zu § 749.

[5]) Bd. II S. 359 Bem. 3 b zu § 749.

[6]) So Gaupp Bd. II S. 456 Bem. I letzter Absatz zu § 749; Seuffert Bd. II S. 359 Bem. 3 c zu § 749; Petersen Bd. II S. 352 Bem. 2 zu § 749.

§ 241 ZPO. an. Die Unterbrechung endigt nach dieser Bestimmung dadurch, daß der T.-V. dem Gegner von seiner Bestellung oder der Gegner dem T.-V. von seiner Absicht, das Verfahren fortzusetzen, Anzeige macht.

In Aktivprozessen über ein nunmehr der Verwaltung des T.-V. unterliegendes Recht kann die durch den Tod des Erblassers nur von oder gegenüber dem T.-V. gemäß § 243 ZPO. beendet werden.[1])

Handelt es sich um Passivprozesse, so kann sowohl von und gegenüber dem Erben nach den gewöhnlichen Regeln, als auch von und gegenüber dem T.-V., der die volle Verwaltung hat, gemäß § 243 ZPO. die Unterbrechung beendet werden. Die Aufnahme gegenüber dem T.-V. führt zu einem Titel, der in den Nachlaß, mittels Erteilung der Klausel gemäß § 728 Abs. 2 ZPO. auch dem Erben gegenüber vollstreckbar ist,[2]) während die Aufnahme gegenüber dem Erben noch keine Waffe gegen den Nachlaß gibt.

Hat der T.-V. nur die Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände, so ist für den Gläubiger die Fortsetzung sowohl gegenüber dem Erben, wie gegenüber dem T.-V. geboten, da der gegen den T.-V. erlangte Titel für sich allein wertlos ist, andererseits mit dem Titel gegen den Erben gegen die verwalteten Nachlaßgegenstände nichts unternommen werden kann. —

Von und gegenüber dem T.-V. kann schon vor Annahme der Erbschaft die Unterbrechung beendet werden.[3])

Sehr schwierig ist die Lage, wenn ein Aktivprozeß, der zur Zeit des Todes des Erblassers für diesen anhängig war, vor Existenz eines T.-V. von dem Erben aufgenommen worden ist und nun der T.-V. ins Leben tritt. Von diesem Augenblick an ist der Erbe nicht mehr sachlich legitimiert.

[1]) Das ergibt sich aus § 2212 BGB.
[2]) Vgl. Seite 51 ff. dieser Arbeit.
[3]) Arg. ex § 2213 Abs. 2 BGB.

Folgerichtig wird er abgewiesen werden müssen,[1]) wenn man dieses höchst unbefriedigende Ergebnis nicht durch eine — theoretisch allerdings bedenkliche — Analogie aus § 241 ZPO. beseitigen will.[2])

IV. Der Testamentsvollstrecker in Erbrechtsstreitigkeiten.

Ist der T.-V. für Erbrechtsstreitigkeiten prozessual legitimiert?

Unter Erbrechtsstreitigkeiten im Sinne der Frage verstehen wir Streitigkeiten, in denen die Erbenqualität einer Person oder der Umfang ihres Erbrechts der eigentliche Gegenstand des Streites ist.

Diese Frage war im gemeinen Rechte ganz außerordentlich bestritten.[3])

Eine ausdrückliche Lösung hat sie im Gesetze nicht gefunden.

---

[1]) Einen anderen Standpunkt muß natürlich die Vertretungstheorie einnehmen; für diese würde § 241 ZPO. zur Anwendung kommen. Vgl. Seuffert Bd. I S. 330 Bem. 2 zu § 243 a. E.

[2]) Die gleiche Frage muß in dem — seltenen — Fall entstehen, wenn der Erbe gegen den Nachlaßschuldner bereits Klage erhoben hat und nun der verwaltende T.-V. in Funktion tritt. — Für den Fall, daß ber T.-V. im Laufe des vom ihm gefürten Aktivprozesses wegstirbt, soll nach dem Standpunkt dieser Arbeit (vgl. S. 40) der Erbe ohne weiteres eintreten. Obwohl es sich auch in diesem Falle um einen Wechsel in der Person der Partei handelt, liegen die Verhältnisse im letzteren Falle begrifflich insofern anders, als der Erbe von vornherein Subjekt des Streitgegenstandes war und das Urteil für ihn gewirkt hätte. Diese die Analogie aus § 241 ZPO. unterstützenden Momente fallen hier fort.

[3]) Vgl. Entsch. des R.-G. in Zivilsachen Bd. 9 S. 208, Bd. 16. S. 139, Bd. 32 S. 152, wo allerdings die Frage gemäß der Testamentsauffassung des gem. Rechtes anders formuliert wird. Vergl. darüber Seite 68 dieser Arbeit.

Schon die Motive[1]) legen dieses Schweigen dahin aus, daß sich aus der Nichterwähnung der Wille des Gesetzgebers, hier die Legitimation des T.-V. auszuschließen, von selbst ergäbe; zu einem gleichen Resultat kommen, von einem anderen Gesichtspunkt ausgehend, die Protokolle.[2])

Unter die §§ 2212, 2213 BGB. fällt die gerichtliche Geltendmachung des Erbrechts nicht. Das Erbrecht im subjektiven Sinne ist weder ein der Verwaltung des T.-V. unterliegendes Recht, noch ist seine Geltendmachung die Geltendmachung eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlaß richtet. Da die genannten Bestimmungen die Legitimation des T.-V. erschöpfend regeln, was Prozesse für die Rechtssphäre des Erben anlangt, ergibt das Schweigen des Gesetzes auch nach unserer Ansicht den Ausschluß der Legitimation für den Streit um das Erbrecht. Das muß natürlich um so mehr für den nichtverwaltenden T.-V. gelten.

Für diese Auffassung spricht auch die Bestimmung über die Legitimation für Pflichtteilsansprüche im § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB., denn mit dem Pflichtteilsanspruch wird materiell das entzogene oder beschränkte gesetzliche Erbrecht geltend gemacht.[3])

Die Stellungnahme des Gesetzes rechtfertigt sich auch sachlichen Gründen. Die Frage, wer Erbe ist, ist lediglich Sache des Prätendenten. Es gehört innerlich nicht in den Geschäftskreis des T.-V., die Rechte des einen Prätendenten gegen den anderen wahrzunehmen.[4])

---

[1]) Motive Bd. V S. 237 oben.

[2]) Protokolle Bd. V S. 300 unten.

[3]) Vgl. S. 58 dieser Arbeit; ähnlich Herzfelder S. 471 Bem. 1 letzter Absatz.

[4]) Ähnlich Brettner im Archiv Bd. 17 S. 224 unten; Herzfelder S. 470 Bem. I A 1 1 zu §§ 2197—2201. Vergl. für das gemeine Recht auch R.-G. Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 32 S. 154 Zeile 6 ff.

Der weitaus größte Teil der Literatur[1]) hat sich denn auch auf den Standpunkt gestellt, daß der T.-V. weder aktiv noch passiv für Prozesse legitimiert ist, in denen das Erbrecht als eigentlicher Streitgegenstand in lite ist. Wann das Letztere der Fall ist, darüber gehen allerdings die Ansichten stark auseinander. Über diese Frage wird noch zu reden sein.

Von der herrschenden Ansicht weichen in gewissem Sinne ab Böhm[2]) im „Erbrecht", Marcus,[3]) Wilke[4]) und Köhne-Feist.[5]) Einen Erbrechtsstreit unter den gesetzlichen Erben, wenn das Testament keine Erbeinsetzung enthält, wollen jedenfalls auch diese Schriftsteller unter den Ptätendenten ausgetragen wissen. Betrifft der Streit dagegen die Frage, ob eine Erbeinsetzung gültig ist, so soll nach den eben genannten Schriftstellern der T.-V. insoweit legitimiert sein, als es sich um die Aufrechterhaltung der Verfügung handelt. Er kann hiernach auf Anerkennung der Gültigkeit der Erbeinsetzung klagen; ihm gegenüber ist die der Anfechtung der Verfügung folgende Feststellungsklage zu erheben;[6]) und zwar ist er nach Marcus und auch wohl nach Böhm[7]) ausschließlich legitimiert.

---

[1]) Planck Bd. V S. 383 Bem. 4 unten; Neumann Bd. II S. 570 Bem. 3 zu § 2213; Böhm im Recht 1900 S. 273 unter 2); Endemann Bd. III S. 234 unter c; Brettner im Archiv Bd. 17 S. 224; Förster S. 162/163 unter 8; Peiser S. 240/241 und Meischeider S. 509 (nur die Protokolle referierend); Sturm S. 79; Herzfelder S. 470/471 unter 1; Borcherdt S. 451 unter b; Arnold S. 62; Frommhold S. 195 unten, Bem. 3 zu § 2203; auch Hellwig S. 74 75; jedenfalls auch Strohal Bd. I S. 291/292 bes. Anm. 72; Strohal billigt zwar den Erbschaftsanspruch dem T.-V. zu, aber gerade weil darin nicht über das Erbrecht entschieden werde.

[2]) S. 193/194 unter II b.

[3]) S. 74 unter 2 a.

[4]) S. 206 Bem. 5 Abs. 2 zu § 2213.

[5]) S. 170 unter 1) Abs. 4.

[6]) Ähnlich übrigens auch Arnold S. 70 f.

[7]) A. a. O.

Man begründet diese Aufstellung damit, daß der T.-V. zur Aufrechterhaltung und Verteidigung des Testamentes amtlich berufen sei. Diesen Satz stellte man schon im gemeinen Recht auf; dort, wo die Erbeinsetzung notwendiger Hauptpunkt jedes Testamentes war und die Gültigkeit aller Bestimmungen von der Gültigkeit der Erbeinsetzung abhing, war Verteidigung des Testamentes und Verteidigung der Erbeinsetzung gleichbedeutend. Der Rechtsstreit um die Gültigkeit der testamentarischen Berufung des T.-V. bedingte für den T.-V. die Verteidigung der Erbeinsetzung.[1])

Die Sache liegt heute anders. Nach dem BGB. kann es mehrere Testamente desselben Erblassers geben, die hinsichtlich ihrer Gültigkeit selbständig zu beurteilen sind, eine Erbeinsetzung ist nicht wesentlich, und die Unwirksamkeit einer Bestimmung — speziell der Erbeinsetzung — macht die anderen Bestimmungen auch desselben Testamentes noch nicht hinfällig (§ 2085 BGB.) Man kann infolgedessen den Satz, daß der T.-V. allgemein zur Verteidigung des Testamentes berufen sei, jetzt nicht mehr damit begründen, daß der T.-V. das Fundament seiner Berufung[2]) verteidigen müsse. Das Fundament seiner Berufung ist die spezielle Bestimmung, die ihn zum T.-V. ernannt; diese ist aber an sich rechtlich unabhängig von den anderen Bestimmungen. Es ist andererseits die Annahme nicht richtig, daß das Amt des T.-V. die Verteidigung der gesamten testamentarischen Bestimmungen, speziell der Erbeinsetzung, mit sich bringe. Im Gegenteil muß man annehmen, daß der T.-V. zur Prüfung der Gültigkeit der Bestimmungen verpflichtet ist, und daß ihn die Ausführung einer ungültigen Bestimmung schadenersatzpflichtig machen kann.[3])

---

[1]) Vgl. hierüber auch Planck Bd. V S. 383 Bem. 4.

[2]) Marcus S. 74.

[3]) Vgl. Protokolle Bd. V S. 300; Böhm im Recht 1900 S. 273 Spalte II unten, S. 274 oben; Endemann Bd. III S. 234 unter c Abs. 2; Förster S. 163 unter 8 letzter Abs.; Borcherdt S. 451 unten, S. 452; Peiser S. 240 unten, S. 241; Herzfelder S. 471 unter 1 Abs. 1 a. E.

Hiernach beantwortet sich die Frage der Legitimation in Testamentsstreitigkeiten folgendermaßen: der T.-V. ist zur Verteidigung des Testaments berufen, insoweit die Gültigkeit seiner Berufung und der Zuweisung seiner Befugnisse in Frage steht, und insoweit ist er berufen, weil sie in Frage steht. Diese Fragen können von ihm und gegen ihn in Feststellungsprozessen zum Austrag gebracht werden;[1]) die Feststellung muß sogar ihm gegenüber erfolgen. Dagegen ist er aus den oben dargelegten Gründen nicht legitimiert für Prozesse um die Gültigkeit der Erbeinsetzung. Die letztere Frage bleibt in dem Rechtsstreit über die Gültigkeit seiner Berufung völlig unberührt, auch wenn Erbe und T.-V. im gleichen Testament ernannt sind, und die gleichen Gesichtspunkte — z. B. Formfehler, der das ganze Testament betrifft, Geisteskrankheit des Testators — für Gültigkeit bezw. Ungültigkeit beider Bestimmungen gelten. In lite ist lediglich das Amtsrecht des T.-V., der damit erfolgende Ausspruch über Gültigkeit oder Ungültigkeit der Verfügung berührt den Erben nicht.[2])

Zu dem letzteren Resultate kommen übrigens auch Marcus und Böhm im Erbrecht dadurch, daß sie das dem T.-V. gegenüber ergangene Urteil über die Gültigkeit des Testaments nicht gegenüber dem Erben wirken lassen wollen. Im Grunde wollen auch sie vielleicht auf den dargelegten Standpunkt hinaus, obwohl die Festsetzung der allgemeinen und zwar ausschließlichen Legitimation des T.-V. für Erbrechtsstreitigkeiten befremden muß.

Ist somit über das Erbrecht lediglich im Prozesse zwischen den Prätendenten zu entscheiden, so kann doch bei Nachweis eines rechtlichen Interesses der T.-V. gemäß

[1]) Daß w. auch die Gültigkeit anderer testamentarischer Bestimmungen — immer abgesehen von Erbeinsetzungen — Gegenstand von Feststellungsprozessen zwischen T.-V. und Erben werden können, wenn es sich darum handelt, ob der T.-V. sie ausführen darf oder nicht — darüber vgl. Seite 77 dieser Arbeit.

[2]) Vgl. vor allem Herzfelder S. 471 unter 1 Abs. 1; Hellwig S. 74/75.

§ 66 ZPO. intervenieren.[1]) Daß der T.-V. stets ein Interesse an der Aufrechterhaltung einer Erbeinsetzung hat,[2]) wird man nicht sagen können. —

Einen Inzidentpunkt im Prozesse des T.-V. mit dem Erben oder mit Dritten kann das Erbrecht dagegen bilden.[3]) Das wird sogar oft der Fall sein, zumal das unter den Prätendenten etwa ergangene Urteil keine Rechtskraft gegenüber dem T.-V. macht.[4]) Beispielfälle sind, daß der T.-V. nur für den Fall ernannt ist, daß eine bestimmte Person Erbe ist, oder daß ein Erbe lediglich persönlich mit einem Vermächtnisse beschwert ist, oder daß der Erbe etwa aus §§ 2217, 2218 BGB. gegen den T.-V. klagt,[5]) und dieser das Erbrecht bestreitet, oder umgekehrt der T.-V. — etwa aus § 2208 Abs. 2 BGB. — gegen den sein Erbrecht bestreitenden Erben klagt.

Selbstverständlich bindet die Entscheidung dieser Inzidentfrage niemals den Erben, ob er nun Partei in dem Prozesse war oder ein Dritter.[6]) Ein Urteil wirkt gemäß §§ 322 Abs. 1, 325 ZPO. nur in Ansehung des Anspruchs, über den entschieden ist, außerdem aber nur inter partes. —

Eine außerordentlich bestrittene Frage ist, wie es mit der Aktiv- und Passivlegitimation des T.-V. für den Erbschaftsanspruch steht. Hier kreuzen sich drei Streitfragen, nämlich einmal die Frage nach der rechtlichen Stellung des T.-V., ferner die Frage, ob der T.-V. in Erbrechtsstreitigkeiten legitimiert ist und endlich die Frage nach der

[1]) Herzfelder S. 471 unter 1 vorletzter Absatz.
[2]) So Böhm im Recht 1900 S. 273 Spalte II unten.
[3]) So die Protokolle Bd. V S. 300 Abs. 2 und wohl allgemein die Literatur. Vgl. für alle Herzfelder S. 471 Bem. 1.
[4]) Vgl. Strohal Bd. I S. 291 unter b, β am Ende.
[5]) Vgl. Strohal Bd. I S. 290 b, β und γ; Planck Bd. V S. 383 Bem. 4 unten.
[6]) Das heben auch die Protokolle Bd. V S. 300 hervor.

rechtlichen Natur des Erbschaftsanspruchs. Den Stand der Literatur charakterisiert eine kurze Übersicht:

Die eine Meinung faßt den Erbschaftsanspruch als einen Gesamtanspruch besonderer Art auf, eine andere lediglich als Zusammenfassung der Singularklagen.

Von ersten Standpunkt aus verweigert Planck[1]) dem T.-V. den Erbschaftsanspruch, da mit diesem das Recht des wirklichen Erben gegenüber dem Prätendenten in Anspruch genommen werde, ein Rechtsstreit über das Erbrecht aber nicht Sache des T.-V. sei. Passiv soll der T.-V. nicht legitimiert sein, da er nicht possessor pro herede ist.

Gleicher Ansicht sind Neumann,[2]) Böhm im Recht,[3]) Förster,[4]) Endemann,[5]) Sturm,[6]) von den Anhängern der Erbenvertretungstheorie Arnold[7]) und Brettner,[8]) endlich wohl die Protokolle.[9])

Die gleiche rechtliche Auffassung des Erbschaftsanspruchs zwingt andererseits Marcus[10]) und Böhm im „Erbrecht“[11]) infolge ihrer Aufstellung, der T.-V. sei zur Verteidigung des Testamentes berufen, dazu, diesen für den Erbschaftsanspruch als legitimiert anzusehen. Ausdrücklich wird von den genannten Schrifistellern allerdings nur die Passivlegitimation bejaht.

Als Gesamtanspruch besonderer Art sieht auch Herzfelder[12]) den Erbschaftsanspruch an. Dennoch aber gewährt er ihn dem T.-V., da das Erbrecht zwar den Grund, nlcht aber den Gegenstand des Anspruchs bilde, der Grundsatz

[1]) Bd. V S. 383 unten, S. 384 Bem. 4 der Vorb. a. Ende in Verbdg. mit S. 154 f. Vorb. vor § 2018

[2]) Bd. II S. 570 Bem. 3 a zu § 2213.

[3]) Im Recht 1900 S. 273 Spalte II unter 2.

[4]) S. 162 unten, S. 163 unter 8.

[5]) Bd. III S. 234 unter c.

[6]) S. 79.

[7]) S. 62.

[8]) Im Archiv Bd. 17 S. 224/225.

[9]) Protokolle Bd. V S. 300 unten.

[10]) S. 74 unter 2. a.

[11]) S. 193 unter 2 b unten.

[12]) S. 274 f. Bem. I zu § 2018.

der Nichtlegitimation des T.-V. für Erbrechtsstreitigkeiten also nicht entgegenstehe, andererseits der Erbschaftsanspruch unter § 2212 BGB. falle.[1]) Wohl auf dem gleichen Standpunkt steht Dernburg.[2])

Die passive Legitimation für den Erbschaftsanspruch versagt Herzfelder[3]) dem T.-V. Für einen Anhänger der Erbenvertretungstheorie ist dieser Standpunkt nicht unbedenklich. —

Die Auffassung des Erbschaftsanspruchs als Zusammenfassung der Nachlaßansprüche, der Erbschaftsklage als einer modifizierten Singularklage führt dazu, dem T.-V. den Erbschaftsanspruch zu gewähren, wie man auch die rechtliche Stellung des T.-V. auffaßt. Der Streitpunkt, ob der T.-V. für Erbrechtsstreitigkeiten legitimiert ist, scheidet, legt man diese Auffassung zu Grunde, völlig aus.

Auf Grund der obigen Auffassung gewähren den Erbschaftsanspruch dem T.-V. Strohal,[4]) Binder,[5]) Hellwig.[6])

Ohne nähere Begründung, aber wohl der zweitgenannten Auffassung des Erbschaftsanspruchs folgend, erklären den T.-V. für aktiv hinsichtlich des Erbschaftsanspruchs legitimiert Meischeider,[7]) Bunsen,[8]) Gaupp,[9]) Petersen.[10])

Die passive Legitimation versagt von den Letztgenannten dem T.-V. Strohal,[11]) weil kein Anspruch gegen den Nachlaß vorliege.

---

[1]) Herzfelder S. 471 472 Bem. m. Auf den Widerspruch zwischen der Anwendung des § 2212 BGB. und der H'schen Auffassung des Erbschaftsanspruchs macht Binder Bd. III S. 379 Anm. 17 aufmerksam.

[2]) Bd. V S. 395 Bem. V, 1 und S. 424 f. § 153.

[3]) S. 250 Bem. III B, 2 zu § 2018.

[4]) Bd. I S. 291 unter b. δ, auch S. 292 Anm. 72.

[5]) Bd. III S. 379 unten.

[6]) S. 76 unter 3, S. 53 ff.

[7]) S. 506 in der Mitte.

[8]) S. 267 unter b.

[9]) Bd. I S. 788 Bem. II a zu § 327.

[10]) Bd. I S. 664 Bem. 2 a zu § 327.

[11]) Bd. I S. 292 oben, letzter Absatz vor § 40 b.

Soviel über die Literatur zu dieser Frage. — Der Standpunkt der Arbeit ist folgender:

Binder[1]) hat Recht, wenn er sagt, daß eine konsequente Erbenvertretungstheorie dem T.-V. den Erbschaftsanspruch auf jeden Fall[2]) geben müsse, für die Theorie der Nachlaßvertretung und die Eigenrechtstheorie aber die Stellungnahme von der rechtlichen Auffassung des Erbschaftsanspruchs abhängen müsse. In letzter Beziehung vertritt die Arbeit die Meinung, welche allerdings eingehender hier nicht begründet werden kann, daß es sich beim Erbschaftsanspruch nicht um eine Zusammenfassung der Singularansprüche, sondern um einen Anspruch besonderer Art nach dem Vorbild der hereditatis petitio handelt, der wohl von den Singularklagen zu unterscheiden ist. Der Erbschaftsanspruch geht gegen den Erbprätendenten auf Herausgabe des auf Grund eines in Wahrheit nicht bestehenden Erbrechts aus der Erbschaft Erlangten. Er wird schlechthin durch Berufung auf das Erbrecht begründet. Die Grundlage des Prozesses bildet der Streit um das Erbrecht im subjektiven Sinne; über ihn wird im Grunde entschieden. Es soll dabei keineswegs verkannt werden, daß Gegenstand des Streites nicht das Erbrecht, sondern die Erbschaft bezw. ein Teil derselben ist, und daß daher durch das Urteil nicht eine rechtskräftige Feststellung des Erbrechts im Sinne der §§ 322, 325 ZPO. erfolgt, falls nicht etwa das Erbrecht zum Gegenstand einer gleichzeitigen Feststellungsklage gemacht wurde. Aber materiell ist unter den Prätendenten der Streit um die Herausgabe der Erbschaft als solcher nicht von dem Streit um das Erbrecht zu trennen; sie gehen, wie die Protokolle[3]) besagen, Hand in Hand.

---

[1]) Bd. III S. 377 Zeile 11 ff., S. 378 Zeile 9 ff., S. 379 Zeile 1 f., 7 ff.

[2]) Wenn man eben nicht mit Einschränkungen der Vertretungsmacht arbeiten will.

[3]) Bd. V S. 706 Zeile 9 und 10 von unten.

Im rechtlichen Gegensatz zu der Erbschaftsklage stehen die gegen den Erbschaftsbesitzer seitens des Prätendenten gerichteten Singularklagen, bei denen den Grund des Anspruchs nicht das Erbrecht als Universaltitel bildet, sondern die auf den Erben übergegangene Rechtsstellung des Erblassers im Einzelnen, und deren rechtlich selbständige Existenz nicht etwa durch § 2029 BGB. aufgehoben wird.[1])

Von diesem Standpunkt aus ist der Erbschaftsanspruch dem T.-V. zu versagen. Die bessere Erbberechtigung bildet zwar nicht im formellen, wohl aber im materiellen Sinne den Gegenstand des Streites. Wie oben dargelegt wurde, ist aber die Austragung von Erbrechtsstreitigkeiten nicht Sache des T.-V.[2]) —

Der den Erbschaftsanspruch geltend machende Erbe wird, wenn er einen mit Verwaltungsrecht ausgestatteten T.-V. neben sich hat, Herausgabe des Nachlasses nicht an sich, sondern nur an den T.-V. begehren können.[3])

Daß dagegen der T.-V. zur Geltendmachung der erbschaftlichen Einzelansprüche auch gegenüber dem Erbschaftsbesitzer durch § 2212 BGB. legitimiert ist, bedarf nur der Erwähnung. Es ist aber nicht abzusehen, warum, wie Herzfelder[4]) meint, die damit gebotene Anwendung des § 2029 BGB. dazu zwingen sollte, dem T.-V. den Erbschaftsanspruch zuzugestehen.

---

[1]) Der dargelegten Auffassung des Erbschaftsanspruchs folgen neben den bereits oben genannten Schriftstellern, nämlich Planck Bd.V S. 154 Bem. I vor § 2018, vgl. auch Bem. zu § 2029 S. 172 f.; Herzfelder S. 247 Bem. I zu § 2018; Endemann Bd. III S. 530 unter 3 und den anderen auch Frommhold S. 75/76 Bem. zu § 2018; ferner die Motive Bd. V S. 578 zu § 2080; die Protokolle Bd. V S. 702 Zeile 9 ff., S. 706 unten. Dagegen vor allem Hellwig S. 53 ff., S. 62 ff.; Binder Bd. III S. 379 unten, S. 435 ff., § 54.

[2]) Vgl. die näheren Ausführungen auf S. 66 ff. der Arbeit.

[3]) Vgl. Herzfelder S. 472 oben. Das trägt dazu bei, die von Böhm im Recht 1900 S. 273 Spalte II unter 2 befürchtete Gefahr der Kollusion zu verringern.

[4]) S. 472 oben unter m.

Das praktische Bedürfnis spricht dafür, dem T.-V. auch die Ansprüche aus §§ 2027, 2028 BGB. zuzubilligen. Theoretisch bedenklich ist freilich, daß die Bestimmungen unter dem Titel „Erbschaftsanspruch" stehen und somit zunächst als zur Vorbereitung der Erbschaftsklage bestimmt erscheinen. Der Zusammenhang ist aber nicht derart, daß es als Inkonsequenz erscheinen müßte,[1]) den Erbschaftsanspruch zu versagen und diese Ansprüche zuzubilligen. Es steht logisch nichts im Wege, sie auch als vorbereitende Hilfsmittel für die Singularklagen anzusehen und somit dem T.-V. zu gewähren, zumal der Grund der Versagung des Erbschaftsanspruchs — Vorliegen einer Erbrechtsstreitigkeit — hier nicht vorzuliegen braucht.[2])

Passiv ist der T.-V. für die Erbschaftsklage schon darum nicht legitimiert, weil die Klage sich nur gegen den richtet, der auf Grund vermeintlichen Erbrechts, pro herede, besitzt. Der T.-V. ist kein possessor pro herede. Ein Antrag, die Erbschaftsklage auf die Fälle, in denen der Nachlaß von einem T.-V. besessen wird, durch besondere Bestimmung zu erstrecken, wurde in der Kommission abgelehnt.[3]) Der Prätendent kann somit, wenn es sich darum handelt, dem Gegenprätendenten, dem ein verwaltender T.-V. zur Seite steht, den Nachlaß zu entwinden, nicht mit der Erbschaftsklage gegen den T.-V. vorgehen, sondern muß die Frage des Erbrechts im Streite mit dem Gegenprätendenten zur Entscheidung bringen und dann den besitzenden T.-V. auf Herausgabe der Nachlaßgegenstände verklagen, falls nicht nach Lage der Sache dessen Stellung neben dem nunmehr als Erben erscheinenden Prätendenten erhalten bleibt, oder aber er kann gleich den besitzenden T.-V. auf Herausgabe der einzelnen Nachlaßgegenstände belangen, wobei die Frage seines Erbrechts ein Inzidentpunkt in dem Prozesse wäre. In beiden Fällen

[1]) So Herzfelder S. 471 unten unter m.

[2]) So Planck Bd. V S. 409/410 Bem. 2 zu § 2212.

[3]) Vgl. Protokolle Bd. V S. 708/709.

gelten die Normen der Erbschaftsklage nicht für den Rechtsstreit gegen den T.-V. Daß diese Normen auch dann niemals Anwendung finden können, wenn der lediglich das Verwaltungsrecht des T.-V. bestreitende unbestrittene verus heres den Nachlaß dem T.-V. entwinden will, liegt von vorneherein auf der Hand.[1])

V. Der Testamentsvollstrecker im Streit um seine amtlichen Befugnisse und Pflichten.

Im Laufe dieser Abhandlung ist schon häufiger der Prozesse des T.-V. gedacht worden, in denen Streitgegenstand die amtlichen Befugnisse und Pflichten des T.-V. sind. Es ist auch bereits betont worden, daß derartige Prozesse zu den Nachlaßstreitigkeiten insofern in einem begrifflichen Gegensatz stehen, als bei letzteren Prozessen der T.-V. um fremde Rechte und Verbindlichkeiten streitet, während es sich im ersteren Falle um Befugnisse und Pflichten handelt, die durch Annahme des Amtes zu eigenen, persönlichen Befugnissen und Pflichten des T.-V. geworden sind. Nachlaßrechte und Nachlaßschulden bleiben dem T.-V. materiell fremd; nur das Recht, sie zu verwalten und über sie zu prozessieren, ist sein eigenes Recht. Aber nicht dieses eigene Verwaltungsrecht, sondern die Rechte und Verbindlichkeiten des Nachlaßsubjekts bilden den Streitgegenstand in Nachlaßprozessen.

Die prozessualen Folgerungen aus dieser begrifflichen Verschiedenheit sind bereits auf Seite 29 ff. dieser Arbeit gezogen worden. Im einzelnen sahen wir dort, was hier allgemein festzustellen ist, daß für den um seine Befugnisse und Pflichten prozessierenden T.-V. schlechthin die allgemeinen Regeln gelten.

---

[1]) Vgl. hierüber unten Seite 79.

Bedarf es daher keiner weiteren Erörterung in dieser Beziehung, so kann es weiterhin nicht Aufgabe der Arbeit sein, diese Prozesse nach ihrem Gegenstand erschöpfend zu rubrizieren. Eine kurze Übersicht über die einzelnen Zweige der prozessualen Betätigung des T.-V. in dieser Beziehung möge jedoch folgen.

Die sich unmittelbar an die Amtstätigkeit anschließende prozessuale Betätigung des T.-V. gegenüber dem Erben gliedert sich, entsprechend den Zweigen der Tätigkeit des normal gestellten T.-V. in drei Gruppen.

Der T.-V. hat gemäß § 2203 BGB. die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen. Streitigkeiten zwischen Erben und T.-V. über Gültigkeit und Art der Ausführung dieser Verfügungen sind im Prozeßwege zu entscheiden.

Hiernach kann der T.-V. Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO. gegen den Erben erheben.[1]) Das erforderliche rechtliche Interesse ergibt sich für ihn stets aus seinem Amte und aus seiner Ersatzpflicht gemäß § 2219 BGB.

Auch der Erbe kann den von ihm erhobenen Widerspruch gegen die Ausführung einer Verfügung im Prozeßwege verfolgen und feststellen lassen, ob und wie eine Verfügung auszuführen sei. Von vielen Seiten[2]) wird hier die Darlegung eines besonderen Interesses des Erben an alsbaldiger Feststellung gefordert. Dieses Interesse wird jedoch stets gegeben sein, da die Erfüllung der Verfügung den Nachlaß, dessen Subjekt der Erbe ist, schmälert.[3])

Die Protokolle[4]) geben dem Erben auch ein Klagerecht gegen den T.-V. auf Unterlassung der Ausführung

[1]) So für alle Herzfelder S. 489 Bem. 2 c zu § 2203; vgl. auch Protokolle Bd. V S. 270, anders Motive Bd. V S. 243 unten.

[2]) Vgl. besonders Sturm S. 69; Herzfelder S. 489 Bem. 2 c zu § 2203; Planck Bd. V S. 394 Bem. 3 zu § 2203; Böhm Erbrecht S. 184 unten, S. 185 oben.

[3]) Der gleichen Ansicht sind wohl die Protokolle Bd. V S. 270; Förster S. 146 oben; Peiser S. 207 Abs. 2; Borcherdt S. 442.

[4]) Protokolle Bd. V S. 270.

der Verfügung. Hiergegen hat sich in der Literatur Widerspruch erhoben.[1]) Der Erbe wird aber dieses Klagerecht jedenfalls dann haben, wenn die Ausführung der Verfügung durch den T.-V. bereits begonnen hat oder nahe bevorsteht.[2])

Daß ein bei dieser Gelegenheit ergehender Ausspruch über Gültigkeit oder Ungültigkeit der Verfügung nicht für und gegen den durch die Verfügung Bedachten wirkt, liegt auf der Hand.

Der T.-V., dem die Ausführung der Verfügung nicht zustehen soll, kann gemäß § 2208 Abs. 2 BGB. im Zweifel die Ausführung von den Erben im Prozeßwege verlangen. —

Der T.-V. hat die Auseinandersetzung unter den Miterben zu bewirken — § 2204 BGB. Hierbei entstehende Unstimmigkeiten zwischen Erben und T.-V. sind im gewöhnlichen Prozeßwege auszutragen.[3]) Hervorzuheben ist, daß auch Streitigkeiten über die Ausgleichungspflicht gegenüber dem T.-V. auszutragen sind. Brettner[4]) verneint hier die Legitimation des T.-V., da es sich weder um ein Nachlaßrecht noch um eine Nachlaßverbindlichkeit handele. Das ist an sich richtig, für unseren Standpunkt aber gleichgültig, da die Legitimation des T.-V. hier garnicht aus §§ 2212, 2213 BGB., sondern aus der ihm zugewiesenen Pflicht der Auseinandersetzung entspringt. Für alle in Ausführung dieser Pflicht entstehenden Streitigkeiten muß der T.-V. legitimiert sein.[5]) —

---

[1]) Vgl. besonders Herzfelder S. 489 Bem. 2 c zu § 2203; Meischeider S. 486 Anm. 13; auch Sturm S. 69.

[2]) So Planck Bd. V S 394 Bem. 3 zu § 2203; ähnlich Peiser S. 207; Borcherdt S. 442; Strohal Bd. I S. 276 Anm. 2.

[3]) Vgl. Böhm Erbrecht S. 194 unter c; Herzfelder S. 491 Bem. 2 zu § 2204; Planck Bd. V S. 379 Bem. 3 zu § 2204; auch die Protokolle Bd. V S. 275 (gegen die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Erben).

[4]) Im Archiv Bd. 17 S. 225 unten, S. 226 oben.

[5]) Ebenso im Resultat Marcus S. 63 unten, S. 64; Böhm im Recht 1900 S. 274 unter V, 3; Böhm Erbrecht S. 194 unter II, d, aber wiederum S. 185 Zeile 1 und 2 von unten.

Steht dem T.-V. auch die Verwaltung des Nachlasses zu — §§ 2205, 2209 BGB. — so kann auch diese Funktion zu Prozessen zwischen Erben und T.-V. führen. Einen Fall deutet das Gesetz im § 2206 Abs. 2 BGB. an: der T.-V. kann vom Erben die Einwilligung zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß verlangen. Ebenso müssen von beiden Seiten Feststellungsklagen gegeben sein, ob die vom T.-V. eingegangenen Verbindlichkeiten sich im Rahmen des § 2206 Abs. 1 Satz 1 BGB. halten.[1]) Auch hier prozessiert der T.-V. für die eigene, nicht für eine fremde Rechtssphäre; es handelt sich darum, ob er im Rahmen des ihm zustehenden Verwaltungsrechts gehandelt hat. —

Abgesehen von diesen während der Ausübung des Amtes entstehenden Prozessen können bei Beginn oder Endigung des Amtes Streitigkeiten in der Weise vorkommen, daß der T.-V. den das Verwaltungsrecht bestreitenden und die Herausgabe des Nachlasses zum Zwecke der Verwaltung verweigernden Erben auf Herausgabe zu diesem Zwecke belangt,[2]) bezw. der das Verwaltungsrecht bestreitende oder die Verwaltung im ganzen oder einzelnen für beendigt erklärende Erbe den T.-V. auf Herausgabe des Nachlasses verklagt.[3]) Daß es in diesen Fällen sich nicht um Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs handelt, liegt auf der Hand und ist für die Fälle der zweiten Art schon erwähnt.[4]) Für den ersteren Fall will Hellwig[5]) die Normen des Erbschaftsanspruches anwenden. Diese Ansicht widerspricht dem § 2018 BGB.

[1]) Vgl. Frommhold S. 199 Note 2 a. E. zu §§ 2206, 2207; Planck S. 401 Bem. 4 a. E. zu § 2206; Böhm Erbrecht S. 187 Zeile 7—9 von unten; Brettner im Archiv Bd. 17 S. 221 ganz unten; Förster S. 157 Zeile 4 f. von oben; Marcus S. 65 unten, S. 66 oben; Herzfelder S. 497/498 Bem. 2 Abs. 2 a. E. zu § 2206.

[2]) Vgl. Strohal Bd. I S. 291 Anm. 71; Böhm im Recht 1900 S. 273 Spalte II unten.

[3]) Nach Peiser S. 222 unter 2 Abs. 2 können im letzteren Falle auch die Gläubiger des Erben gegen den T.-V. klagen.

[4]) Vgl. Seite 76 dieser Arbeit.

[5]) S. 76 unten.

Auch Streitigkeiten über die Höhe der Vergütung sind im Prozeßwege zu entscheiden.[1]) Ebenfalls hat Streitigkeiten bei der Anfertigung des Nachlaßverzeichnisses[2]) der Prozeßrichter, nicht das Nachlaßgericht zu entscheiden.[3])

Die Fälle, in denen der T.-V. mit dritten prozessiert, ohne daß eine Nachlaßstreitigkeit vorliegt, sind selten. Beispielfälle sind Prozesse des T.-V. mit dem durch Anordnung der Testamentsvollstreckung beschränkten Pflichtteilsberechtigten[4]) über die Gültigkeit dieser Anordnung, Prozesse mit Dritten gelegentlich der Erbauseinandersetzung, vor allem aber Klagen des gemäß § 2223 BGB. bestellten T.-V. gegen den Vermächtnisnehmer auf Ausführung der diesem auferlegten Beschwerungen.

In allen Prozessen dieser Art handelt es sich um eigene Befugnisse und Pflichten des T.-V., prozessual gelten die gewöhnlichen Regeln.

Daß der § 327 ZPO. auf solche Fälle keine Anwendung finden kann, bedarf nur der Erwähnung.[5])

---

[1]) § 2221 BGB.; Böhm Erbrecht S. 198 oben unter IX.

[2]) § 2215 BGB.

[3]) Vgl. Wilke S. 208 Bem. 4 zu § 2215; Arnold S. 45. Anderer Meinung Marcus S. 72 unter 2 a. E.

[4]) § 2306 BGB.; vgl. S. 59 dieser Arbeit.

[5]) Vgl. Gaupp Bd. I S. 788 Bem. II c zu § 327; Petersen Bd. I S. 665 Bem. 3 zu § 327.